

# **A A3ES como Entidade Reguladora Independente**

## **Natureza e Regime Jurídico**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO (CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS)

Orientação: Prof. Doutor João Pacheco de Amorim

Coorientação: Prof. Doutor José Neves Cruz

Filipa Miranda Martins

## **AGRADECIMENTOS**

Presto aqui os meus agradecimentos a algumas pessoas que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização deste trabalho e que não posso deixar de mencionar:

Aos meus pais, pelo apoio constante e, acima de tudo, pelo exemplo que representam para mim.

À Aurora, pela incansável dedicação e compreensão que demonstrou ao longo destes últimos dois anos.

Ao Zé, pela inspiração na fase final da elaboração deste trabalho.

Ao Rúben, pelo apoio incondicional e pelos preciosos conselhos ao longo da realização deste estudo, revelando-se de toda a importância o seu contributo na revisão e formatação do presente trabalho.

À minha família e amigos, pela sua compreensão constante e, em especial, ao Nuno Paixão pelo seu contributo na revisão e formatação final do trabalho.

Devo fazer um agradecimento ao Professor Doutor José Neves Cruz pela disponibilidade demonstrada ao longo da elaboração do Practicum em Ciências Jurídico-Económicas que serviu de ponto de partida ao presente estudo e, de resto, no período de realização deste trabalho.

Por fim, agradeço ao Professor Doutor João Pacheco de Amorim pelas sugestões na definição do método a adotar e pela disponibilidade demonstrada para atender às minhas solicitações. É também inegável o seu contributo científico para as conclusões a que pudemos chegar com o presente estudo.

## **RESUMO**

A A3ES constitui o objeto central do presente trabalho. Procede-se ao seu enquadramento jurídico, inserindo-se, posteriormente, esta entidade no quadro da administração do Estado. Conclui-se pela sua inserção no âmbito da administração independente e reconhecem-se nela certas características típicas das entidades reguladoras independentes. Concebe-se, assim, um modelo de integração plena no âmbito deste tipo de entes administrativos.

Por fim, propõe-se um reforço de poderes, nomeadamente no campo sancionatório e testa-se a compatibilização entre a avaliação do ensino superior e a autonomia universitária das instituições de ensino superior, constitucionalmente garantida.

## **ABSTRACT**

The A3ES is the subject of this study. The study examines the legal framework in which A3ES was established, and then puts this into the context of wider public administration. There is an evaluation of the independence of its management within the framework of independent regulatory agencies in general. A model for the full integration of the agency is proposed from that of similar administrative entities.

In conclusion it is proposed to enhance of powers exercised by the agency, and particularly the sanctions available to it, whilst being mindful of the autonomy of the higher education and the universities, which is guaranteed constitutionally.

## ABREVIATURAS

<b>A3ES</b>	Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior
<b>AAI</b>	Autoridades Administrativas Independentes
<b>ANACOM</b>	Autoridade Nacional de Comunicações
<b>ANECA</b>	Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación
<b>ARI</b>	Autoridades Reguladoras Independentes
<b>Art./Arts.</b>	Artigo/Artigos
<b>AR</b>	Assembleia da República
<b>Cfr.</b>	Confrontar
<b>CMVM</b>	Comissão de Mercado dos Valores Mobiliários
<b>CNAVES</b>	Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior
<b>CNE</b>	Conselho Nacional de Educação
<b>CPA</b>	Código de Procedimento Administrativo
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>DL</b>	Decreto-Lei
<b>ENQA</b>	European Association for Quality Assurance in Higher Education
<b>EPE</b>	Entidades Públicas Empresariais
<b>EQAR</b>	European Quality Assurance Register
<b>ERC</b>	Entidade Reguladora para a Comunicação Social
<b>ERI</b>	Entidade Reguladora Independente
<b>ERS</b>	Entidade Reguladora da Saúde
<b>ERSE</b>	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
<b>GAC</b>	German Accreditation Council
<b>IES</b>	Instituições de Ensino Superior
<b>IGEC</b>	Inspecção-Geral da Educação e da Ciência
<b>IMT</b>	Instituto da Mobilidade e dos Transportes
<b>ISP</b>	Instituto dos Seguros de Portugal
<b>MEC</b>	Ministério da Educação e da Ciência
<b>p.</b>	página
<b>RJIES</b>	Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior
<b>s./ss.</b>	seguinte/seguintes

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>A AVALIAÇÃO E ACREDITAÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. A avaliação do ensino superior – caraterização e breve perspetiva da evolução do regime jurídico.....</b>	<b>9</b>
<b>2. A acreditação .....</b>	<b>12</b>
<b>3. Outras entidades envolvidas na regulação do ensino superior. ....</b>	<b>13</b>
3.1. O Ministério responsável pelo Ensino Superior .....	13
3.2. A Inspeção-Geral da Educação e Ciência.....	15
3.3. As instituições de ensino superior – autoavaliação. ....	15
3.4. As Ordens Profissionais (poderes consultivos) .....	16
<b>4. Breve perspetiva comparada dos diversos sistemas de avaliação e acreditação do Ensino Superior .....</b>	<b>17</b>
4.1. Na Europa.....	17
4.1.1. Espanha .....	18
4.1.2. Reino Unido .....	19
4.1.3. Alemanha.....	20
4.2. No Brasil.....	21
4.3. Breves conclusões .....	23
<b>Capítulo II.....</b>	<b>25</b>
<b>A A3ES: NATUREZA E REGIME JURÍDICO APLICÁVEL.....</b>	<b>25</b>
<b>1. Enquadramento jurídico da A3ES. ....</b>	<b>25</b>
1.1. Administração independente .....	25
1.1.1. Fatores determinantes para o seu aparecimento – brevíssima perspetiva comparada e o caso português. ....	25
1.1.2. Autoridades Administrativas Independentes .....	27
1.1.2.1. Contextualização Jurídica.....	27
1.1.2.2. Características .....	28
1.1.3. Conclusão: inserção da A3ES no âmbito das autoridades administrativas independentes .....	30

<b>2. Regulação .....</b>	<b>32</b>
2.1. Regulação económica vs. Regulação social .....	32
2.2. Entidades reguladores independentes: breve caracterização. ....	33
<b>3. Análise comparativa da A3ES com o regime proposto por VITAL MOREIRA no projeto de lei-quadro.....</b>	<b>34</b>
<b>4. Análise comparativa da A3ES com o regime constante da proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes de 2013.....</b>	<b>38</b>
<b>5. Breves conclusões: .....</b>	<b>41</b>
<b>COMPETÊNCIAS A ADQUIRIR PELA A3ES: PODERES DE REGULAÇÃO EFETIVA .....</b>	<b>43</b>
1. A evolução do setor do ensino superior .....	43
2. Caraterização do mercado.....	44
3. Regulação do ensino superior: proteção dos direitos dos estudantes na ótica de consumidores. ....	46
4. Poderes sancionatórios.....	48
4.1. Aspetos gerais.....	48
4.2. A atribuição de poderes sancionatórios a uma entidade independente no âmbito de um “quasi-mercado” – o caso da saúde. ....	49
4.3. A atribuição de poderes sancionatórios à A3ES.....	50
5. A autonomia universitária no âmbito nas Universidades (públicas e privadas) e nos Institutos Politécnicos. ....	52
5.1. Breve análise da autonomia universitária e suas vertentes.....	53
5.2. Autonomia universitária vs. avaliação – reforço de poderes da A3ES.....	54
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>60</b>

## INTRODUÇÃO

### 1. A pertinência económica do tema

A regulação do ensino superior tem vindo a assumir uma grande importância com reflexos na nossa economia na medida em que é gerador de capital humano qualificado que influencia, indelevelmente, a estrutura do mercado. A massificação do ensino superior que se tem vindo a verificar nos últimos anos, traz com ela algumas preocupações relativas à qualidade dos serviços educativos prestados, influenciando numa fase posterior o mercado de trabalho.

No que diz respeito, em especial à A3ES, a análise da natureza e regime jurídico aplicáveis, permitiria que o presente estudo fosse realizado, também, através do prisma das ciências jurídico-administrativas – contudo, a nosso ver, a pertinência económica do tema impõe que o mesmo seja analisado no âmbito das ciências jurídico-económicas. Ao debruçarmo-nos sobre a natureza de qualquer entidade pública que atue no âmbito económico, deparamo-nos, quase invariavelmente, com a sua natureza administrativa, sendo esta característica indissociável de qualquer análise que possamos fazer nesta sede.

No presente trabalho, propomo-nos analisar a natureza jurídica da A3ES e equacionar o seu enquadramento jurídico no universo das autoridades administrativas independentes e, consequentemente, no âmbito das entidades reguladoras independentes. O resultado da presente investigação terá uma relevância fundamentalmente económica, na medida em que pretendemos testar a possibilidade de reforçar os poderes de regulação da A3ES, dos quais poderá resultar uma forte influência na oferta educativa, no âmbito do ensino superior. Para além disso, este reforço das competências e da autonomia da A3ES, asseguraria uma tarefa do Estado que, para ser efetivamente concretizada, carece de uma clara dissociação do controlo do Estado, atendendo a que este é o maior fornecedor de serviços neste setor. O juízo sobre a qualidade do ensino superior será melhor prosseguido se não estiver intimamente ligado a qualquer parte sujeita a essa mesma avaliação.

Procuraremos indagar, também, até que ponto a avaliação e acreditação do ensino superior não se cinge, apenas, uma tarefa do Estado, mas deve também proteger as legítimas expectativas dos estudantes, como consumidores dos serviços prestados pelas IES. Pelas características especiais do setor do ensino superior, as assimetrias de informação entre o

prestador de serviços e o consumidor final são evidentes e, por essa razão, poderão requerer uma tutela reforçada.

## **2. *Iter de investigação***

No presente estudo, pretendemos enquadrar a Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior no panorama jurídico nacional. Partimos de uma breve análise da evolução do regime jurídico da avaliação do ensino superior, culminando na criação desta entidade em 2007. Definiremos a tarefa de acreditação e as consequências práticas da sua aplicação.

Identificaremos, ainda, as diversas entidades que interferem na regulação do ensino superior (algumas com poderes reforçados de fiscalização, outras com poderes consultivos ou, em certos casos, com uma posição central no sistema) e estudaremos a influência de cada uma ao longo do processo de avaliação.

Seguidamente, empreenderemos uma análise do panorama europeu, pelo qual o nosso sistema de avaliação e acreditação do ensino superior foi largamente influenciado e, focamos a nosso estudo nos casos de Espanha, Reino Unido e Alemanha. Não podemos, também, deixar de referir o Brasil, devido ao elevado número de intercâmbios de estudantes no âmbito do ensino superior entre ambos os países, ao abrigo de programas de mobilidade.

Chegados à problemática central do presente estudo, analisaremos o regime jurídico aplicável à A3ES e o seu possível enquadramento no âmbito da organização administrativa, nomeadamente entre as autoridades administrativas independentes, e as entidades reguladoras independentes em especial, apoiando-nos, neste último caso, em dois projetos legislativos, de 2002 e 2013. Este último, já aprovado pela Assembleia da República, carece, ainda, de promulgação presidencial à data de elaboração deste trabalho.

De seguida, proporemos a atribuição de poderes sancionatórios à A3ES, como forma de reforçar a sua autonomia e a exequibilidade das suas decisões. Prestaremos, também atenção, ao lugar paralelo que é o setor da saúde.

Por fim, estudaremos a possibilidade de uma compatibilização da avaliação do ensino superior com a autonomia universitária, garantia constitucionalmente prevista.



## Capítulo I

### A AVALIAÇÃO E ACREDITAÇÃO

#### **1. A avaliação do ensino superior – caraterização e breve perspetiva da evolução do regime jurídico.**

A função de avaliação do ensino superior constitui uma tarefa do Estado<sup>1</sup>, assegurada por uma entidade independente deste e fora do seu controlo ou superintendência. Esta função visa a proteção de um bem público, a *qualidade do ensino superior*, constitucionalmente prevista no art. 76.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (adiante CRP).

A Lei n.º 38/94, de 21 de novembro, veio instituir, pela primeira vez, o regime jurídico da avaliação do ensino superior. Este diploma definiu um conjunto de parâmetros de avaliação com base, entre outros itens, na qualidade científica do corpo docente, no nível de investigação realizada e na inserção de diplomados no mercado de trabalho.<sup>2</sup> Estes critérios constituíam uma “carteira de indicadores de qualidade”<sup>3</sup> que balizavam o processo de avaliação levado a cabo pela autoridade responsável pela avaliação. Como consequência desta avaliação, as instituições que obtivessem um resultado positivo podiam beneficiar de um reforço do financiamento estadual e de um aumento do apoio nas atividades de investigação<sup>4</sup>. Por outro lado, uma avaliação negativa teria como consequência um corte no financiamento público da IES (caso a instituição não seguisse as recomendações da entidade avaliadora) e, cumulativamente: a suspensão do registo de cursos (no caso de se enquadrar no ensino superior público universitário), a revogação da autorização de cursos (se pertencesse ao ensino superior politécnico público) ou, por fim, a revogação da autorização de funcionamento ou de reconhecimento de graus (caso se integrasse no ensino superior universitário não público).

Este diploma instituiu, também, a participação das instituições na avaliação<sup>5</sup>, princípio que se manteve nas várias alterações ao regime. A participação das IES no processo

---

<sup>1</sup> Neste sentido, MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *Autonomia Universitária e Avaliação da Qualidade do Ensino Superior*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, pp. 64 e ss.

<sup>2</sup> Cfr. art. 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei 34/98.

<sup>3</sup> J.J.GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I – Artigos 1.º a 107.º, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 918.

<sup>4</sup> Cfr. art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 38/94, de 21 de novembro.

<sup>5</sup> Cfr. art. 7.º da Lei n.º 38/94, de 21 de novembro.

de avaliação constituía, para além de um direito, uma verdadeira obrigação<sup>6</sup> sendo que a função avaliadora cabia a comissões de peritos propostas pelas próprias instituições, com homologação do Governo<sup>7</sup>.

O regime da avaliação do ensino superior encontrou assento constitucional com a quarta revisão de 1997, através da nova redação do art. 76.º, n.º 2. Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, este aditamento ao referido artigo representou uma “abertura jurídico-constitucional para a institucionalização de um sistema de avaliação do ensino superior”<sup>8</sup>, que surge como uma nova obrigação do Estado em nome do interesse geral<sup>9</sup>.

Quatro anos volvidos, no desenvolvimento daquele diploma, o DL 205/98, de 11 de julho veio instituir o Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior como entidade responsável pelo processo de avaliação. A sua criação foi fruto da preocupação do Governo em assegurar níveis de qualidade das instituições de ensino superior capazes de competir com as suas congéneres europeias e mundiais, conforme se pode ler no seu preâmbulo: “[n]o caso português, estão já criadas as estruturas que nos incluem num espaço europeu institucionalizado, pelo que a variável europeia faz parte da nossa circunstância, e também participamos nos desafios globais que lhe são dirigidos pelo enquadramento mundial em formação.” Com a criação desta entidade progrediu-se no sentido de tornar o processo de avaliação mais autónomo, uma vez que esta gozava de autonomia administrativa, nos termos do art. 10.º, n.º 2 dos seus estatutos.

O DL n.º 205/98<sup>10</sup> veio posteriormente a ser, na sua totalidade, revogado pela Lei n.º 38/2007, de 16 de agosto, que instituiu um novo regime de avaliação do ensino superior, regime que atualmente vigora. Este diploma prevê três tipos de avaliação: a *auto-avaliação*<sup>11</sup>, a *avaliação externa* e a *meta-avaliação*, sendo que esta última surge pela primeira vez. A *auto-avaliação* já se encontrava prevista na lei anterior, mas é com o novo diploma que se definem critérios e se institucionaliza este processo. Por seu turno, nos critérios da *avaliação externa* passaram a figurar os “*standards*” e “*guidelines*” definidos pela Declaração de

---

<sup>6</sup> Cfr. art. 8.º da Lei n.º 38/94, de 21 de novembro.

<sup>7</sup> Cfr. art. 10.º, n.º 4 e art. 11.º da Lei n.º 38/94, de 21 de novembro.

<sup>8</sup> J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 918.

<sup>9</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1431.

<sup>10</sup> Este Decreto-Lei sofreu uma alteração pontual no seu art. 5.º, n.ºs 2 e n.º 5 com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 1/200, de 6 de janeiro, que aprovou o Regime Jurídico do Desenvolvimento e da Qualidade do Ensino Superior.

<sup>11</sup> Arts. 17.º e 18.º da Lei n.º 38/2007, de 16 de agosto.

Bergen<sup>12</sup>, com o objetivo de cimentar as relações entre as instituições internacionais. No mesmo sentido, este diploma prevê ainda a obrigatoriedade de integração de peritos de instituições estrangeiras na avaliação, com vista a promover a comparação dos níveis de qualidade de ensino com instituições internacionais<sup>13</sup>. Por último, surge como novidade a *meta-avaliação*, prevista no art. 25.º do referido diploma, que obriga as IES a uma avaliação internacional promovida pelo Governo.

Com o novo regime, o processo de avaliação deixa de ser contratualizado e evolui para um sistema obrigatório, com a previsão de cominações legais impostas às IES que dele se pretendam excluir, elencadas no art. 20.º, sendo estas o “*cancelamento da acreditação dos seus ciclos de estudos e a abertura de um processo de averiguação das condições de funcionamento institucional com as subsequentes consequências legais*”. Assim, a avaliação passa a ser *conditio sine qua non* para a *acreditação* dos ciclos de estudos, tema que desenvolveremos neste estudo.

Ainda no mesmo ano, o DL n.º 369/2007, de 5 de novembro criou a Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior (A3ES), organismo que veio assimilar as competências do CNAVES e intensificar os procedimentos de avaliação, ao mesmo tempo que ficou responsável pela acreditação das IES e respetivos ciclos de estudos, expediente que constituiu novidade no âmbito da avaliação do ensino superior. Criou-se, assim, uma entidade verdadeiramente externa relativamente às instituições a avaliar, não havendo lugar à confusão entre avaliados e avaliadores como até então acontecia no CNAVES, posto que os presidentes das comissões de avaliação de todas as IES integravam aquele organismo. Com a criação da A3ES alterou-se a estrutura orgânica da entidade avaliadora, passando a tarefa de avaliação e demais tarefas conexas a estarem a cargo de um conselho de administração<sup>14</sup>, órgão independente cujos membros são nomeados pelo conselho de curadores<sup>15</sup> (órgão composto, por sua vez, por personalidades de mérito científico e profissional reconhecido). Acresce que o exercício de poderes executivos na Agência é incompatível com a titularidade de cargos diretivos em instituições de ensino superior<sup>16</sup>. Os representantes das IES têm assento no conselho consultivo, detendo competência para “emitir pareceres sobre o plano anual de

---

<sup>12</sup> Vide MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA., ob. cit., p.76.

<sup>13</sup> Art. 14.º da Lei 38/2007.

<sup>14</sup> Art. 11.º, n.º 2 dos Estatutos da A3ES.

<sup>15</sup> Art. 8.º, n.º 1 dos Estatutos da A3ES.

<sup>16</sup> Art. 10.º, n.º 6 dos Estatutos da A3ES.

actividades e sobre as grandes linhas de atuação e de orientação estratégica da Agência”<sup>17</sup>. A independência da A3ES também se afirma pela forma jurídica escolhida – fundação pública de direito privado (de utilidade pública)<sup>18</sup> –, forma de organização que já havia sido adotada noutros países. A entidade responsável pela avaliação do ensino superior passa ainda a gozar de autonomia financeira, nos termos do disposto no art. 22.º dos Estatutos da A3ES, passando a estar dependente da dotação orçamental do Ministério competente pelo setor, como acontecia com o CNAES, e passa a obter parte das suas receitas através do pagamento dos serviços prestados no âmbito da avaliação e acreditação por parte das instituições de ensino superior avaliadas.

## 2. A acreditação

O procedimento de avaliação é pressuposto da necessária *acreditação* das instituições e dos seus ciclos de estudo. Com efeito, a acreditação “*consiste na verificação do preenchimento dos requisitos exigidos para a sua criação e funcionamento*”<sup>19</sup>. Este conceito de acreditação surge pela primeira vez através do DL n.º 74/2006, de 24 de março, que veio estabelecer o regime jurídico de graus e diplomas do ensino superior. A acreditação de um ciclo de estudos, que reveste a natureza de ato administrativo, é condição para a sua entrada em funcionamento. Não obstante a acreditação dos ciclos de estudos oferecidos por uma IES no momento da acreditação da própria instituição ficar automaticamente assegurada a partir deste acto, a criação de novos ciclos de estudos passa a estar sujeita a um novo processo de prévia acreditação<sup>20</sup>.

No mesmo sentido, a Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro, que estabelece o regime jurídico das instituições de ensino superior (doravante designado RJIES), estipula que a entrada em funcionamento de ciclos de estudos que visem conferir graus académicos “*carece de acreditação pela Agência de Avaliação e Acreditação para a Garantia da Qualidade do Ensino Superior*”<sup>21</sup>. Os requisitos para a acreditação variam conforme o grau académico que cada ciclo de estudos confere, nomeadamente o grau de licenciatura, mestrado ou

---

<sup>17</sup> Art. 16.º dos Estatutos da A3ES.

<sup>18</sup> Art. 2.º, n.º 2 do DL n.º 369/2007, de 5 de novembro.

<sup>19</sup> Art. 52.º, n.º 1 DL n.º 74/2006, de 24 de março.

<sup>20</sup> Art. 55.º, n.º 1 do DL n.º 74/2006.

<sup>21</sup> Art. 61.º, n.º 3 do RJIES.

doutoramento, e encontram-se previstos no art. 57.º do DL n.º 74/2006. A atividade de acreditação do ensino superior é obrigatória e pode ser de iniciativa da Agência ou das instituições. A decisão favorável de acreditação conduz “à *autorização de funcionamento de uma instituição de ensino superior, de um ciclo de estudo conducente a determinado grau académico e o reconhecimento do mesmo grau*”<sup>22</sup>. Poderá acontecer da decisão favorável ficar condicionada à adoção de certas medidas por parte da IES, julgadas necessárias pela Agência para esta adquirir a autorização de funcionamento, isto sem prejuízo do prazo para a sua verificação e avaliação final<sup>23</sup>. Pode, ainda, a decisão de acreditação ser desfavorável e a A3ES não conceder autorização de funcionamento à instituição de ensino superior ou ao ciclo de estudos em causa.

### **3. Outras entidades envolvidas na regulação do ensino superior.**

A regulação do ensino superior não se reduz, somente, à atividade da A3ES. Ao longo de todo o processo intervêm outras entidades que asseguram a regulação e intervêm em momentos diferentes desta, com base em poderes mais ou menos reforçados de fiscalização. São exemplos o Ministério que integra a pasta do ensino superior e a Inspeção-Geral da Educação e Ciência, esta última dependente hierarquicamente do membro do Governo que encabece o primeiro. Outras entidades assumem um papel central no processo de avaliação, as IES, e existem, por fim, outras entidades chamadas a título consultivo pelos efeitos laterais deste processo nos setores por si regulados. Referimo-nos aqui às Ordens Profissionais.

#### **3.1. O Ministério responsável pelo Ensino Superior**

O Ministério da Educação e da Ciência <sup>24</sup> (MEC) é o órgão do Governo responsável pela pasta do ensino superior, mais especificamente a Secretaria de Estado do Ensino Superior. No âmbito da sua atividade, cabe ao Governo executar as tarefas fundamentais do Estado, previstas no art. 9.º da CRP, onde se inclui a de “Assegurar o ensino e a valorização permanente...”, constante da alínea f). Neste sentido, art. 26.º do RJIES atribui ao Estado a

---

<sup>22</sup> Art. 7, n.º 1, al. a) do DL n.º 369/2007.

<sup>23</sup> Art. 7, n.º 1, al. b) do DL n.º 369/2007.

<sup>24</sup> No presente estudo, sempre que nos referirmos ao ministério com a tutela do ensino superior utilizaremos a designação adotada pelo XIX Governo Constitucional, tal como definida no Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de Julho.

tarefa de “a) *Garantir o elevado nível pedagógico, científico, tecnológico e cultural dos estabelecimentos de ensino superior*” e “h) *Avaliar a qualidade científica, pedagógica e cultural do ensino*”. Estas competências têm previsão legal na lei orgânica de funcionamento do Ministério da Educação e Ciência<sup>25</sup>, no art. 2.º, al. g), que determina as atribuições do MEC, a saber: “g) *Desenvolver e consolidar uma cultura de avaliação e exigência em todos os níveis dos sistemas educativo, científico e tecnológico;*” e na al. p) do mesmo artigo, “p) *Proceder à regulação e promover a observação permanente, a avaliação e a inspeção, nas diversas vertentes previstas na lei, dos estabelecimentos de ensino e das instituições que integram o sistema científico e tecnológico nacional;*”<sup>26</sup>. Algumas destas tarefas são desempenhadas pela Inspeção-Geral da Educação e Ciência, operando-se, assim, uma desconcentração de competências. Focar-nos-emos, adiante, nas competências exercidas exclusivamente por esta entidade<sup>27</sup>.

Ao Governo, através do MEC, cabe, ainda, no âmbito das suas funções, a de “a) *Atribuir e revogar o reconhecimento de interesse público aos estabelecimentos e ensino superior privados*”, em conformidade com o disposto no art. 27.º, n.º 1, al.) b do RJIES. A atribuição de interesse público a uma instituição constitui uma condição necessária para o seu funcionamento que opera *ex ante* a qualquer avaliação da qualidade e ao processo de acreditação da instituição<sup>28</sup>. Este reconhecimento de interesse público consubstancia uma forma de o Estado, na figura do Governo, controlar o acesso das entidades que pretendam atuar neste setor.

Por fim, cabe diretamente ao Ministro responsável a decisão final em processos relativos a ilícitos de mera ordenação social por incumprimento das normas previstas no RJIES<sup>29</sup>. O processo de instrução é da responsabilidade da Inspeção-Geral da Educação e Ciência.

O Governo detém também competências relacionadas diretamente com a A3ES, tais como a designação dos membros do Conselho de Curadores, aprovada por resolução do Conselho de Ministros sob proposta do Ministro responsável pela área do ensino superior<sup>30</sup>. Cabe também ao Governo a extinção e alteração dos estatutos da A3ES<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> Decreto-Lei n.º 125/2011, de 29 de dezembro.

<sup>26</sup> Sublinhado nosso.

<sup>27</sup> V. *infra*, p.15.

<sup>28</sup> Cfr. art. 33.º, n.ºs 2 e 5 do RJIES.

<sup>29</sup> Cfr. art. 167.º, n.º 3 do RJIES.

<sup>30</sup> Cfr. art. 8.º, n.º 1 do Estatuto da A3ES.

<sup>31</sup> Cfr. art. 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 369/2007.

### 3.2. A Inspeção-Geral da Educação e Ciência.

A Inspeção-Geral da Educação e Ciência (IGEC) é um serviço central do Estado e integra a estrutura orgânica do MEC (art. 4.º, al. d) do Decreto-Lei n.º 125/2011 de 29 de Dezembro). À IGEC são atribuídas algumas tarefas no âmbito do ensino Superior, relacionadas, essencialmente, com a avaliação e auditoria das instituições no âmbito patrimonial, administrativo e financeiro. De entre as suas competências, previstas no art.º 11 do DL *supra* citado, destacamos a de “*e) Conceber, planear e executar acções de inspecção e auditoria aos estabelecimentos de ensino superior, no respeito pela respectiva autonomia, aos serviços de acção social e aos órgãos, serviços e organismos tutelados pelo MEC em matéria de organização e de gestão administrativa, financeira e patrimonial, nomeadamente quando beneficiários de financiamentos nacionais ou europeus atribuídos pelo MEC;*” e “*f) Avaliar a qualidade dos sistemas de informação de gestão, incluindo os indicadores de desempenho;”<sup>32</sup>. Salienta-se ainda que a IGEC pode desencadear processos contraordenacionais contra as instituições que violem o preceituado no Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, no que disser respeito às suas competências. A decisão final cabe ao Ministro responsável.*

### 3.3. As instituições de ensino superior – autoavaliação.

Como já vimos, as instituições de ensino superior assumem um papel importante no processo de avaliação, uma vez que é da sua responsabilidade o processo de auto-avaliação. Esta tarefa encontra-se prevista no art. 147.º, n.º 1 do RJIES e dela resulta a obrigação de as instituições criarem procedimentos internos de avaliação regular do seu desempenho. Prevê o Regime Jurídico da Avaliação do Ensino Superior<sup>33</sup> que a avaliação deverá revestir as formas de auto-avaliação e de avaliação externa<sup>34</sup>. A primeira é da incumbência das instituições de ensino superior e deverá assegurar a participação dos estudantes<sup>35</sup>, dos conselhos

---

<sup>32</sup> Sublinhado nosso.

<sup>33</sup> Lei n.º 38/2007, de 16 de agosto.

<sup>34</sup> Cfr. art. 10.º da Lei n.º 38/2007.

<sup>35</sup> Cfr. art. 12.º da Lei n.º 38/2007.

pedagógicos, dos centros de investigação e das entidades externas que colaboram com as instituições no processo de avaliação<sup>36</sup>.

No âmbito do processo de avaliação externa, assiste às IES o direito de exercerem o contraditório. A par deste tipo de participação, as instituições exercem também a sua influência no Conselho Consultivo da A3ES<sup>37</sup>, no qual têm assento através dos respetivos órgãos representativos: o Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas, o Conselho Coordenador dos Institutos Superiores Politécnicos e a Associação Portuguesa do Ensino Superior Privado.

A auto-avaliação constitui uma parte bastante significativa do processo global de avaliação das instituições<sup>38</sup>.

### 3.4. As Ordens Profissionais (poderes consultivos)

O art. 15.º, n.º 1, al. e) dos Estatutos da A3ES prevê, na constituição do Conselho Consultivo (órgão competente pelo aconselhamento e apoio na tomada de decisões pelo Conselho de Administração), a integração de “*um representante de cada uma das ordens ou associações públicas profissionais existentes*”. As ordens profissionais, enquanto garantes da defesa dos interesses dos profissionais de um dado setor<sup>39/40</sup>, têm um interesse direto na avaliação e acreditação do ensino superior, uma vez que esta condicionará largamente a qualidade dos candidatos a estas profissões. Uma avaliação eficaz no momento anterior ao da inserção dos graduados no mercado de trabalho leva a que não seja necessário um controlo tão apertado das ordens profissionais no momento de acesso às profissões autorreguladas. Neste sentido, o preâmbulo do DL n.º 369/2007, de 5 de novembro, que aprova os Estatutos da A3ES, prevê que “*iii) Reconhece-[se] o papel fundamental das ordens e outras associações profissionais públicas, que passam a participar do processo de acreditação, fazendo cessar a*

---

<sup>36</sup> Cfr. art. 18.º, al. a) da Lei n.º 38/2007.

<sup>37</sup> Cfr. art. 15.º, als. a), b) e c) dos Estatutos da A3ES.

<sup>38</sup> Como veremos adiante, a auto-avaliação assume uma importância maior em alguns países, como é o caso paradigmático da Grã-Bretanha v. *infra*, p. 18.

<sup>39</sup> Neste sentido, VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 409.

<sup>40</sup> Esta função de representação dos interesses dos associados não obsta a que se reconheça a natureza pública das Ordens Profissionais, uma vez que se trata de uma tarefa pública, atribuída por Lei. Ver, neste sentido, JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais. Em especial, do direito de inscrição nas ordens*, Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004, Parte II, “As ordens profissionais. Em especial, o direito de inscrição”, pp. 836 e ss.



*sua intervenção a posteriori no processo de reconhecimento profissional de cursos superiores tornada, em certos casos, necessária pela ausência de um sistema como o agora instituído.”* Contudo, em termos práticos esta situação não se verificou em alguns casos<sup>41</sup>.

A Lei n.º 2/2013 de 10 de janeiro, que veio estabelecer o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, refere no seu art. 5.º, al. 1), como atribuição das ordens profissionais, “*A participação nos processos oficiais de acreditação e na avaliação dos cursos que dão acesso à profissão;*”, reforçando assim o papel das ordens profissionais neste processo.

#### **4. Breve perspetiva comparada dos diversos sistemas de avaliação e acreditação do Ensino Superior**

##### **4.1. Na Europa**

A partir de 1999, com a Declaração de Bolonha, a avaliação e acreditação do ensino superior constituiu uma das preocupações dos países que integram a União Europeia no sentido da criação de um *sistema europeu de ensino superior*. De facto, se o que se pretendia era o reconhecimento mútuo dos cursos ministrados nos vários países da comunidade, revelou-se desde logo necessário estabelecer uma convergência entre todos os participantes em ordem a elevar a qualidade das instituições de ensino superior ao mesmo nível, de forma a facilitar aquele reconhecimento e a aumentar a confiança no ensino ministrado por todas as instituições envolvidas no processo. No texto da Declaração de Bolonha, consta como compromisso o “*Incentivo à cooperação Europeia na garantia da qualidade com o intuito de desenvolver critérios e metodologias comparáveis*”. Depois da Declaração de Bolonha, a questão da avaliação do ensino superior foi também mencionada no Comunicado de Praga, em 2001, e no Comunicado de Berlim em 2003<sup>42</sup>, emitidos pelo Conselho de Ministros

---

<sup>41</sup> Referimo-nos aqui, em especial, ao caso paradigmático da Ordem dos Advogados, com a decisão de instituir, em 2009, um exame de acesso ao estágio, entretanto extinto, após ter sido declarado inconstitucional - Deliberação n.º 3333-A/2009 do Conselho Geral da Ordem dos Advogados.

<sup>42</sup> No Comunicado de Berlim estabelecem-se alguns parâmetros de garantia da qualidade e encarrega-se a ENQA de, em conjunto com a European University Association (EUA), a European Association of Institutions in Higher Education (EURASHE) e a National Unions of Students in Europe (ESIB), preparar um conjunto de parâmetros que assegurem a qualidade do ensino superior nos países subscritores. Cfr. SÉRGIO MACHADO DOS SANTOS, “Análise Comparativa dos Processos Europeus para a avaliação e certificação de sistemas internos de garantia da qualidade”, em *A3ES Readings*, n.º 1, Lisboa, 2001, pp. 7 e ss.

responsáveis pelo ensino superior. O marco mais significativo foi a Declaração de Berlim, de 2005, através da qual os países subscritores se comprometeram a integrar nos respetivos sistemas internos de garantia da qualidade do ensino superior as orientações definidas no documento *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area*, elaborado pela ENQA (European Association for Quality Assurance in Higher Education) mandatada aquando o Comunicado de Berlim, contando também com a participação da Comissão Europeia. A par deste compromisso<sup>43</sup>, obrigaram-se a criar um registo europeu para as agências de avaliação e acreditação do ensino superior e a aprofundar a cooperação entre os países no reconhecimento mútuo das decisões relativas à avaliação e acreditação do ensino superior. Foi com base neste documento que se caminhou no sentido de tornar os sistemas de avaliação de acreditação mais próximos<sup>44</sup>, tendo por base a garantia da qualidade dos sistemas internos e externos das próprias agências de avaliação<sup>45</sup>.

Com o Comunicado de Londres, de 2007, lançaram-se as bases para a criação de uma entidade encarregue de assegurar o registo europeu para as agências de avaliação e acreditação. Em Março de 2008, procedeu-se à sua formalização através da criação da European Quality Assurance Register (EQAR)<sup>46</sup>.

#### 4.1.1. Espanha

A atividade de avaliação e acreditação do ensino superior em Espanha teve início em 1995 com o *Plan Nacional de Evaluación de la Calidad de las Universidades* criado com o intuito de: “1. Promover la evaluación institucional de la calidad de las Universidades; 2. Elaborar metodologías homogéneas para la evaluación de la calidad integradas en la práctica vigente en la Unión Europea; 3- Proporcionar información objetiva que pueda servir para la adopción de decisiones de las distintas organizaciones en el ámbito de su

---

<sup>43</sup> MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA aponta alguns constrangimentos resultantes desta uniformização, como o afastamento do princípio da separação de poderes, a confrontação do direito interno com mecanismos de auto-correcção e a separação do direito das fronteiras territoriais onde o direito limita o seu âmbito de aplicação. Cfr. ob. cit., p. 57.

<sup>44</sup> A mesma Autora aponta como pontos positivos: a racionalização do sistema de avaliação, o reforço da legitimidade legislativa, a maior internacionalização no processo de garantia da qualidade e uma nova compreensão do contrato social, com base no novo paradigma assente na trilogia Estado, sociedade e Universidade. Cfr. Ibidem.

<sup>45</sup> Cfr. SÉRGIO MACHADO DOS SANTOS, ob. cit. p. 10.

<sup>46</sup> Cfr. SÉRGIO MACHADO DOS SANTOS, ob. cit. p. 9.

respectiva competência.”<sup>47</sup>. O primeiro plano vigorou entre 1996 e 2000 e, em 2001, foi lançado o *II Plan Nacional de Evaluación de la Calidad de las Universidades*, em vigor até 2003, que contou com uma crescente participação das Comunidades Autónomas e conduziu à criação de agências de avaliação de âmbito regional<sup>48</sup>.

Em 2001 foi criada a Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), incumbida da avaliação e acreditação do ensino superior Espanhol, em coordenação com as agências de avaliação de âmbito regional já existentes. A ANECA, no âmbito da sua atividade, desenvolveu diversos programas para cumprimento das suas atribuições<sup>49</sup>: a VERIFICA, encarregue da avaliação de criação de novos ciclos de estudos (1º e 2º ciclos), com vista à sua acreditação prévia; a DOCENTIA, direcionada para avaliação dos quadros docentes; a AUDIT, para auxiliar as instituições na implementação de sistemas de avaliação interna da qualidade; ACADEMIA, para acreditação do acesso ao corpo docente a cargos de Professor Titular de Universidade ou Professor Catedrático; PEP, para avaliação de docentes para efeitos de contratação; MONITOR, encarregue da monitorização da avaliação das instituições no período que medeia entre a acreditação e a reacreditação; e, por fim, o MENCIÓN, que estabelece o procedimento para a concessão de Menção de Excelência a programas de doutoramento.

#### 4.1.2. Reino Unido

No Reino Unido, as Universidades gozam de maior independência quando comparadas com as suas congéneres europeias<sup>50</sup>. Em 1997, foi criada a *Quality Assurance Agency for Higher Education* (QAAA) mandatada para garantir a avaliação externa das instituições de ensino superior e salvaguardar o interesse público através da fixação de padrões de avaliação das instituições. Inicialmente optou-se pela adoção de dois tipos de avaliação: a *avaliação institucional* e a *avaliação da qualidade do ensino*. Contudo, dada a autonomia das instituições para a sua auto-acreditação, optou-se por substituir este modelo

---

<sup>47</sup> Cfr. ESPANHA, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Consejo de Coordinación Universitaria, *Plan Nacional de Evaluación de la Calidad de Las Universidades, Informe Global – 1996-2000*, Madrid, Secretaría General Técnica – Subdirección General de Información y Publicaciones, 2003, p.13.

<sup>48</sup> Cfr. SÉRGIO MACHADO DOS SANTOS, ob. cit., p. 75.

<sup>49</sup> Seguimos, aqui, de perto SÉRGIO MACHADO DOS SANTOS, ob. cit. pp. 76 e ss.

<sup>50</sup> Neste sentido, ver Ibidem, p. 43.

por um método de avaliação mais leve, direcionado essencialmente para avaliação institucional, assegurando-se assim a autonomia científica das universidades<sup>51</sup>.

A avaliação externa processa-se através de auditorias institucionais e, em Inglaterra e Irlanda, realizam-se adicionalmente auditorias à oferta educativa. Os resultados das auditorias são avaliados com os níveis de “confiança”, “confiança limitada” ou “sem confiança”. O seu resultado não conduz a uma acreditação na medida em que este sistema deixou de ser adotado, cabendo às universidades seguir um plano de reestruturação caso este se revele necessário, com base nesta avaliação, podendo estar sujeitas a mais auditorias, de forma a assegurar o reforço da qualidade<sup>52</sup>.

#### 4.1.3. Alemanha

No caso alemão<sup>53</sup>, até 1998 cabia ao Estado o controlo da entrada em funcionamento dos cursos de ensino superior, de forma a assegurar a uniformização de oferta educativa. Contudo, com o objetivo de permitir uma abertura à criação de novos cursos, substituiu-se este método por um procedimento de acreditação em comum acordo entre a Conferência dos Ministros da Educação e da Cultura (KMK) e o Conselho de Reitores Alemão (HRK). Assim, no âmbito deste acordo, criou-se o German Accreditation Council (GAC) com a tarefa de acreditar as agências de acreditação, de base regional e setorial, mas com natureza privada, que atuavam concorrentemente entre si. Às instituições de ensino superior assistia o direito de escolherem a entidade que vai proceder à sua acreditação.

Todavia, as instituições de ensino superior insurgiram-se contra este sistema devido aos constrangimentos que este provocava, como um adicional esforço a nível administrativo de preparação do processo de acreditação de todos os novos cursos e o facto deste tipo de avaliação restringir em larga medida a autonomia das universidades<sup>54</sup>. Como forma melhorar o sistema, em 2007<sup>55</sup> introduziu-se um método de avaliação por sistemas o que permitiu uma

---

<sup>51</sup> Para mais desenvolvimentos, ver Ibidem, pp. 44 e ss.

<sup>52</sup> Segundo o Autor supra citado, ao referir-se ao Relatório Nacional da Grã-Bretanha de 2004-2005 no âmbito do Processo de Bolonha, “*A posição oficial sobre esta matéria é bem expressa no relatório nacional de 2005 para o Processo de Bolonha, onde se afirma que a abordagem da auditoria institucional fornece uma informação pública sobre o ensino que é significativamente superior à transmitida por um simples selo de acreditação*”. Cfr., Ibidem, p. 48.

<sup>53</sup> Cfr. Ibidem, pp. 62 e ss.

<sup>54</sup> Cfr. Ibidem, pp. 63 e ss.

<sup>55</sup> Por iniciativa da Conferência de Ministros com o apoio do GAC. Ver Ibidem, p. 64.

maior flexibilização do processo de avaliação. Às instituições foi dada a oportunidade de optarem pela submissão ao novo método, de acreditação de sistemas, ou do anterior, de acreditação de cursos.

#### 4.2. No Brasil

O decreto n.º 2026, de 10 de Outubro de 1996 foi o primeiro diploma legislativo brasileiro a incidir sobre a matéria da avaliação das instituições de ensino superior. Este decreto<sup>56</sup> instituiu, pela primeira vez, o sistema de credenciação e recredenciação<sup>57</sup>, tendo como base um processo anterior de avaliação. Este sistema viria a constituir uma das bases de regulação do ensino superior no Brasil, como veremos infra.

Ao longo dos dez anos posteriores, vigoraram o decreto n.º 2.306, de 19 de Agosto, posteriormente revogado pelo decreto n.º 3.860, de 9 de Julho de 2001. Cinco anos volvidos desde a publicação deste último normativo, entrou em vigor o decreto n.º. 5.776, de 9 de Maio de 2006, de iniciativa governamental, que atualmente ainda vigora e que estabelece o regime do exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior.

A função de *avaliação* segue o procedimento previsto na Lei 10.861, de 14 de Abril de 2004, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES). A avaliação pressupõe duas fases: a auto-avaliação, levada a cabo pelas próprias IES, e a avaliação externa, da responsabilidade do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP)<sup>58/59</sup>. No âmbito do processo de auto-avaliação, as instituições devem criar uma Comissão Própria de Avaliação que conduz o processo e tem como responsabilidade prestar todas as informações ao INEP para levar a cabo o processo de avaliação externa<sup>60</sup>. Os resultados da avaliação externa são tornados públicos pelo Ministério da Educação. A obtenção de um resultado negativo no âmbito do processo de avaliação obriga as instituições a assumirem um protocolo de compromisso como o Ministério da

---

<sup>56</sup> Seguimos de perto o trabalho académico de MARLIS MOROSINI POLIDORI, *Avaliação do Ensino Superior: Uma visão geral e uma análise comparativa entre os contextos brasileiro e português*, Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, Porto, 2000, sob orientação do Prof. Doutor Alberto Amaral e do Prof. Doutor Stephen R. Stoer.

<sup>57</sup> Cfr. Ibidem. p. 166.

<sup>58</sup> Cfr. art. 7.º, do Decreto n.º 5.776, de 9 de maio de 2006.

<sup>59</sup> Cfr. art. 3.º-A, § 2.º e art. 8.º-A da Lei n.º 10.861, de 14 de abril de 2004.

<sup>60</sup> Cfr. art. 11.º da Lei n.º 10.861.

Educação, do qual devem constar os procedimentos a adotar para melhoria da sua qualidade. Este protocolo também está sujeito a publicidade<sup>61</sup>. O incumprimento deste instrumento levará à aplicação de penalizações por parte do Ministério<sup>62</sup>.

A função de *regulação* é exercida após a fase de avaliação, através da credenciação dos cursos de ensino superior. Esta credenciação consubstancia-se num ato autorizativo emitido pelo poder público<sup>63</sup>. Todas as instituições, numa primeira fase de credenciação, adquirem a qualidade de *faculdades* e, posteriormente, através de um processo de reacreditação (recredenciamento), poderão assumir a veste de *centros universitários* ou *universidades*, passando assim a gozar de maior autonomia<sup>64</sup>. O procedimento de acreditação<sup>65</sup> conta com a intervenção de quatro entidades: a secretaria de Estado responsável por cada subsistema de ensino<sup>66</sup>, o INEP, o Conselho Nacional de Educação (CNE)<sup>67</sup> e o Ministério da Educação<sup>68</sup>. No início do processo de acreditação, as instituições apresentam o pedido junto da secretaria competente para iniciar este processo; após análise do mesmo, esta remete o processo para o INEP que faz uma avaliação *in loco* e envia novamente para a secretaria para emitir o parecer. Posteriormente, cabe ao CNE decidir sobre o pedido e, enfim, ao Ministério da Educação homologar<sup>69</sup>.

Por fim, a função de *supervisão* cabe, exclusivamente, à secretaria responsável por cada subsistema do ensino superior<sup>70</sup>. Este processo pode ser desencadeado oficiosamente pela própria secretaria (caso detete alguma irregularidade), ou por iniciativa da própria instituição, através de queixa deduzida por intermédio dos alunos, professores ou funcionários<sup>71</sup>. Após recebimento da participação, a secretaria poderá arquivar o processo, conceder um prazo à instituição para sanar as irregularidades ou instaurar um processo

---

<sup>61</sup> Cfr. art. 10.º, da Lei n.º 10.861 e art. 61.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>62</sup> De entre as penalizações contam-se: “I – suspensão temporária da abertura de processo seletivo de cursos de graduação; II – cessação da autorização de funcionamento da instituição de educação superior ou do reconhecimento de cursos por ela oferecidos e, por fim, III – advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de instituições públicas de ensino superior”. Cfr. art. 10.º, § 2º da Lei n.º 10.861 e art. 63.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>63</sup> Cfr. art. 10.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>64</sup> Cfr. art. 12.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>65</sup> Cfr. art. 14.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>66</sup> No âmbito da administração central do Ministério da Educação existem a Secretaria de Educação Superior, a Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica e a Secretaria de Educação à Distância, encontrando-se as competências de cada uma previstas no art. 5.º.

<sup>67</sup> Cfr. art. 6.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>68</sup> Cfr. art. 4.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>69</sup> Cfr. art. 14.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>70</sup> Cfr. art. 45.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>71</sup> Cfr. art. 46.º, do Decreto n.º 5.776.

administrativo para aplicação de uma sanção<sup>72</sup>. No caso de ser dada a possibilidade à instituição para sanar as irregularidades detetadas, será concedido um prazo não superior a 12 meses para o efeito. Após este prazo, poderá a secretaria decidir *in limine* pelo saneamento das mesmas ou instaurar um procedimento administrativo para aplicação de uma sanção<sup>73</sup>. No âmbito deste último procedimento, a instituição de ensino terá o direito de apresentar uma defesa e, decorrido o prazo para o efeito, caberá à secretaria decidir pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de uma sanção<sup>74</sup>.

#### 4.3. Breves conclusões

Da análise comparada que nos propusemos fazer, pela amostra de países apresentada, verificámos semelhanças e dissemelhanças entre o nosso sistema de avaliação e acreditação do ensino superior e o que se vai praticando nos restantes países. Foquemo-nos nos pontos mais importantes.

No que diz respeito à avaliação, o modelo britânico atribui maior autonomia às instituições de ensino superior, dando primazia à avaliação interna, prescindindo, até, do método de acreditação.

O modelo alemão contrasta com o modelo britânico, na medida em que no primeiro o Estado executou as funções de regulação até muito recentemente (1998), exercendo um maior controlo sobre as instituições no momento da sua entrada em funcionamento e dos respetivos cursos, sempre com a preocupação de assegurar uma uniformização da oferta educativa. Esta tendência foi-se atenuando com a passagem de um sistema de *acreditação de cursos* para um sistema de *acreditação de sistemas*, que concedeu às instituições uma maior autonomia na criação de cursos. Ressalva-se o facto de a tarefa de acreditação estar a cargos de agências privadas, acreditadas pelo German Accreditation Council, exemplo sem precedentes nos países que analisámos.

Debruçando-nos sobre o modelo português, é manifesta a existência de maiores semelhanças com o modelo espanhol, em que a função de avaliação e acreditação estão reunidas numa única entidade (a ANECA, no caso espanhol, e a A3ES, no caso português).

---

<sup>72</sup> Cfr. art. 47.º, § 1.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>73</sup> Cfr. arts. 49.º e 50.º do Decreto n.º 5.776.

<sup>74</sup> A Secretaria poderá aplicar uma das seguintes sanções: “I - desativação de cursos e habilitações; II - intervenção; III - suspensão temporária de prerrogativas da autonomia; ou IV – descredenciamento”. Cfr. art. 52.º do Decreto n.º 5.776.

Tal como o sistema espanhol, que adota o sistema de reacreditação, o sistema português, através do DL n.º 74/2006 de 24 de Março, prevê que “*A acreditação é conferida por um prazo determinado, a fixar, findo o qual o ciclo de estudos é objecto reapreciação*”.

Este modelo de reacreditação também tem previsão legal no sistema brasileiro, que abarca três funções essenciais: avaliação, acreditação (credenciamento) e supervisão. Estas funções são atribuídas a diferentes organismos que atuam de forma articulada, assegurando o cumprimento de toda a atividade de regulação do ensino superior. O que separa o modelo brasileiro dos restantes é, evidentemente, o facto de não se encontrar sujeito aos princípios e orientações europeias que, como vimos, influenciaram largamente os sistemas de avaliação e acreditação dos países europeus em estudo.



## Capítulo II

### A A3ES: NATUREZA E REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

#### 1. Enquadramento jurídico da A3ES.

##### 1.1. Administração independente

##### *1.1.1. Fatores determinantes para o seu aparecimento – brevíssima perspectiva comparada e o caso português.*

A administração independente configura-se como um fenómeno recente no âmbito da administração estadual. No continente europeu assistimos a um afloramento destas entidades desde a década de oitenta do século XX, época em que ocorreu uma alteração do papel do Estado na economia. Assim, o Estado deixou de intervir como controlador de mercado, passando esta tarefa a caber a entidades que se encontram fora da órbita tutorial do Governo, assim se garantindo a livre concorrência na economia de mercado e a sua libertação da influência governamental<sup>75</sup>. Esta nova tendência teve também como base a liberalização de certos sectores da economia, nalguns dos quais o Estado atuava em posição de monopólio, o que veio exigir a separação entre Estado-regulador e Estado-agente económico.

Esta nova tendência reguladora surgiu com diferentes nuances nos diversos países. Cumpre fazer uma breve análise comparada, para melhor compreendermos o seu aparecimento<sup>76</sup>.

O fenómeno teve início nos Estados Unidos da América através da criação das “*independent agencies*”<sup>77</sup>. Vigorando neste país um regime presidencialista e, concentrando-se o poder executivo na figura do Presidente, a desconfiança do Congresso relativamente ao primeiro levou, desde logo, a que este último reclamasse para si a iniciativa de criar estas entidades<sup>78</sup>. Confiou-lhes, numa primeira fase, a missão de regulação da economia e,

---

<sup>75</sup> Neste sentido, VITAL MOREIRA/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *A mão invisível, Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 119 e ss.

<sup>76</sup> Seguimos a perspectiva de JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 45 e ss.

<sup>77</sup> Cfr. VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇAS, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 17.

<sup>78</sup> Cfr. ob. cit., pp. 45 e ss.

posteriormente, a função de proteção de direitos fundamentais. Com esta iniciativa, o Congresso evitou que esta função reguladora caísse na alçada presidencial e assegurou que a mesma ficasse a cargo de entidades verdadeiramente independentes, imunes a qualquer tipo de ingerência política.

No que diz respeito à experiência europeia, o primeiro país a sofrer a influência americana foi a Grã-Bretanha. Aqui, já existiam entidades independentes do Governo, os chamados “*quangos*”, que gozavam de mais ou menos autonomia e atuavam em diversos sectores no âmbito económico, social e cultural. Foi neste quadro já institucionalizado que o fenómeno das entidades reguladoras independentes, AAI em sentido formal, se desenvolveu.

Por fim, e a título exemplificativo, referimos o caso de Itália, onde esta tendência surgiu pouco depois, ainda na década de oitenta, fruto também de uma evolução da conjuntura política italiana no sentido de libertar do poder político a regulação de sectores chave da economia. Este sentimento surgiu da crescente desconfiança dos cidadãos face ao poder político, fruto de uma crise dos partidos políticos, que se aguçou com a reestruturação geográfica do país, configurado por um modelo de regionalização que trouxe consigo a multiplicação de interesses políticos. Além destes factos, também teve influência a crescente proteção dos direitos dos cidadãos.

Em Portugal, as autoridades administrativas independentes surgiram com a abertura do país à Europa em virtude da integração nas então designadas Comunidades Europeias. Para além de permitir uma maior influência dos restantes países na sua reorganização económica, a integração europeia veio fomentar a economia de mercado, tornando-a mais aberta a agentes económicos privados, nomeadamente através da transformação de clássicos serviços públicos em serviços de interesse económico geral. Foi esta “vaga privatizadora” que criou as bases para o desenvolvimento das AAI, algumas entidades reguladoras independentes em sentido material. Mais adiante incidiremos a nossa análise sobre estas últimas.

Além da influência europeia, que representa um ponto de partida para a proliferação das AAI em Portugal, LUCAS CARDOSO<sup>79</sup> identifica dois tipos de causas para o surgimento destas entidades: políticas e económicas. No que às causas políticas diz respeito, o Autor destaca a adaptação do nosso sistema político aos novos sistemas políticos da atualidade, a necessidade de proteger a confiança dos cidadãos face ao Estado de Direito e, à semelhança

---

<sup>79</sup> Cfr. ob. cit., pp. 412 e ss.

do que aconteceu em outros países, a desconfiança dos cidadãos face ao poder político, que levou à exigência de um maior controlo sobre o Governo<sup>80</sup>.

Relativamente às causas económicas, aponta o Autor a falta de maleabilidade da administração no desempenho de tarefas de regulação, a passividade da função jurisdicional e a continuação da presença do Estado como agente económico.

### 1.1.2. Autoridades Administrativas Independentes

As autoridades administrativas independentes foram criadas para a regulação de certos setores da economia propícios à criação de monopólios naturais e onde se prestam serviços de interesse económico geral que, pela sua especial complexidade, carecem de regulação através de uma entidade independente que assegure a informação e proteção dos consumidores e a concorrência saudável entre operadores. Apontamos a título de exemplo a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM) e o Banco de Portugal, entre outros.

Por outra via, estas entidades visam, também, a proteção de direitos fundamentais, como é o caso da supervisão da comunicação social ou da regulação da saúde, assegurando plena fruição dos direitos fundamentais em causa, nomeadamente através da eliminação de barreiras ao seu acesso e de garantia, também, da qualidade destes serviços<sup>81</sup>.

#### 1.1.2.1. Contextualização Jurídica

As AAI surgiram “ex novo” pela via legislativa; só posteriormente a doutrina se dedicaria à questão. No início, estas entidades inscreviam-se numa *administração separada*<sup>82/83</sup> e apresentavam entre si diferenças na própria estrutura orgânica e na forma de designação

---

<sup>80</sup> Nas palavras de CARLOS BLANCO DE MORAIS, o crescimento das AAI “inscrevem-se no fenómeno de crescente desconfiança institucional e societária em relação à aptidão da Administração Pública em assegurar, de um modo escrupulosamente imparcial, a tutela de certos bens jurídicos ou interesses qualificados”. Cfr., do referido Autor, “As autoridades Administrativas Independentes na ordem jurídica portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 61 – 2001, p. 102.

<sup>81</sup> Desenvolveremos esta questão adiante, quando nos detivermos no caso particular da A3ES, com especial incidência sobre os direitos dos consumidores – V. *infra*, p. 46.

<sup>82</sup> A expressão é de CARLOS BLANCO DE MORAIS, ob. cit., p. 102.

dos seus titulares. Contudo, a sua natureza de pessoa coletiva pública é inquestionável, uma vez que prossegue fins e tarefas do Estado.<sup>84</sup> As AAI são criadas através de lei, seja de natureza constitucional<sup>85</sup> ou legal, encontrando assento constitucional com a revisão de 1997, através da introdução do n.º 3 do art. 267.º da CRP.

O facto de as entidades que integram a administração independente estarem isentas de orientação e tutela estadual pode aproximá-las da *administração autónoma*. Contudo, a circunstância de não lhes incumbir uma função representativa de um determinado grupo, tal como acontece com a administração autónoma, afasta-as desta última. Para além desta diferença, o próprio método de escolha dos membros das autoridades administrativas independentes, a nomeação – método que levanta questões de legitimidade democrática – ao invés de eleição, separa estes dois tipos de entes administrativos<sup>86</sup>. Facto assente é que esta isenção do poder de tutela e superintendência do Estado afasta tais entidades do âmbito da clássica administração do Estado – quer da direta quer da indireta.

#### 1.1.2.2. Características

Resta-nos, por ora, expor as principais características que definem as AAI, na falta de qualquer critério formal para delimitar o seu objeto. Para analisar esta figura, seguimos de perto a perspetiva de LUCAS CARDOSO<sup>87</sup>, que atribui três características fundamentais às autoridades administrativas independentes, sendo estas:

i. *A independência*. Segundo VITAL MOREIRA<sup>88</sup>, estamos aqui perante uma independência *orgânica* dos seus titulares, uma vez que estes são escolhidos por razões de mérito pessoal, técnico e científico e estão sujeitos a um regime de incompatibilidades e inamovibilidade. Constitui uma garantia da independência o facto de o período do mandato não ser coincidente com o da legislatura, de forma a evitar eventuais influências político-partidárias.

---

<sup>83</sup> Segundo o Autor supra citado, esta figura foi inicialmente reconduzida a uma dimensão avançada da Administração Autónoma. Cfr. Ibidem, p. 107.

<sup>84</sup> Para um análise comparativa desta figura com outras entidades afins, cfr. Ibidem, p. 104.

<sup>85</sup> Como é o caso da ERC.

<sup>86</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 810.

<sup>87</sup> Vide JOSÉ LUCAS CARDOSO, ob. cit., pp.217 e ss.

<sup>88</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma...*, pp.127 e ss.

A independência *funcional*, por seu turno, caracteriza-se pela ausência de controlo de mérito pelo Governo ou por outra autoridade política ou administrativa. Estas entidades apenas se encontram sujeitas ao controlo dos Tribunais.

Ainda neste ponto, VITAL MOREIRA aponta a necessária autonomia dos membros dirigentes relativamente aos sujeitos regulados, uma vez que as AAI não assumem uma função representativa dos interessados.

ii. A *natureza administrativa*. Compreende tarefas circunscritas à competência do Estado e inserem-se no âmbito da administração independente conforme referido anteriormente. Apesar do seu poder sancionatório, no âmbito das tarefas de regulação, não se enquadram no poder jurisdicional<sup>89</sup>.

iii. A *autoridade*. Consubstancia-se no poder de emanção de atos dotados de *ius imperii*, nomeadamente regulamentos e atos administrativos, onde se enquadram as licenças, as autorizações e os atos impositivos.

As AAI gozam, ainda, de amplos poderes de investigação e inspeção e dispõem de poderes consultivos, cabendo-lhes emitir pareceres sobre matérias conexas com a área onde atuam. Usufruem também do poder de emitir recomendações ao Governo ou à Administração para que proceda a determinada reforma, à alteração de alguma norma regulamentar ou para que proponha alguma alteração legislativa à Assembleia da República.

A par deste poder, o diploma que institui cada AAI pode dotá-la de um poder normativo, concretizado na possibilidade de emitir regulamentos. Ainda nesta linha, as AAI desempenham um papel consultivo no processo de criação de normas legislativas no âmbito do sector em que atuam, onde muitas vezes a sua consulta é obrigatória pelos poderes públicos<sup>90</sup>. Este poder normativo não constitui uma característica de todas as AAI.

Por fim, no âmbito dos poderes de autoridade, as AAI podem acionar judicialmente os infratores que violem regras de conduta de determinado setor regulado, junto dos Tribunais judiciais, penais ou administrativos, e, em último caso, podem exercer um poder sancionatório sobre estes<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 810.

<sup>90</sup> Cfr. VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 34.

<sup>91</sup> Cfr. VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 36.

Alguns autores<sup>92</sup> acrescentam a *neutralidade* como característica das AAI, uma vez que estas desempenham funções de elevada tecnicidade, que se devem afastar de qualquer valoração política. Com efeito, só agindo segundo este critério podem prosseguir o interesse público de forma eficaz. Para além desta característica, apontam ainda, como critério necessário de atuação das AAI, a *imparcialidade*, que se baseia no facto de estas entidades assumirem um papel de terceiros face aos interesses envolvidos, sob a égide do interesse público. Não devem as AAI privilegiar ou discriminar interesses públicos ou privados.

### *1.1.3. Conclusão: inserção da A3ES no âmbito das autoridades administrativas independentes*

O art. 2.º, n.º 2 dos Estatutos da A3ES estipula que a Agência é uma fundação (pública) de direito privado, reconhecida como de utilidade pública. Pretendemos analisar o seu possível enquadramento na figura das autoridades administrativas independentes, uma vez que a lei não prevê nenhuma veste jurídica para estas entidades, na medida em que o seu enquadramento apenas se afere segundo um critério material e não formal. A opção pela forma jurídica de fundação de direito privado inspirou-se na prática adotada em outros países que optaram por esta forma jurídica para acentuar a independência das entidades de avaliação do ensino superior.

No que à (i) *independência* diz respeito, mais concretamente na sua vertente orgânica, apesar dos membros do conselho de curadores serem objeto de nomeação governamental, os membros do órgão executivo da Agência – o conselho de administração – são diretamente nomeados pelo conselho de curadores de entre personalidades de reconhecido mérito científico e profissional<sup>93</sup>. Por outro lado, a independência também se evidencia no plano financeiro, uma vez que a Agência é dotada de orçamento próprio e adquire as suas próprias receitas através das atividades que desenvolve. Acresce que, ao submeter-se os membros do conselho de administração à obrigação de exercício exclusivo de funções<sup>94</sup>, ao proibir-se a titularidade de um cargo diretivo em instituições de ensino superior na data anterior da designação ou durante o exercício do mandato no conselho de administração<sup>95</sup> e,

---

<sup>92</sup> Ibidem, p.29.

<sup>93</sup> Cfr. art. 8.º, n.º1 dos Estatutos da A3ES.

<sup>94</sup> Cfr. art. 8.º, n.º 5 dos Estatutos da A3ES.

<sup>95</sup> Cfr. art. 8.º, n.º 6 dos Estatutos da A3ES.

simultaneamente, ao submete-los ao regime de impedimentos da Administração Pública<sup>96</sup>, previsto no art. 44.º do CPA, acentua-se o carácter de independência orgânica da Agência. Ainda neste aspeto, é importante salientar que o DL n.º 369/2007, de 5 de novembro, que instituiu a A3ES, prevê expressamente no seu art. 5.º, n.º 1 que “A Agência é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei e dos seus Estatutos, sem prejuízo dos princípios orientadores fixados pelo Estado através dos seus órgãos próprios”<sup>97</sup>. Resulta daqui, indelevelmente, o seu carácter de independência face ao poder público.

Quanto à (ii) *natureza administrativa*, podemos dizer que a A3ES é uma pessoa coletiva pública porque prossegue um serviço público – a avaliação e acreditação do ensino superior português e a proteção dos direitos dos estudantes como consumidores. Defendemos que se integra na administração independente do Estado pelas suas características orgânicas e funcionais e não é subsumível a outro subsistema da administração porque, desde logo, a sua atividade está isenta de tutela e superintendência estadual, não se incluindo, também, na administração autónoma (v. *supra*<sup>98</sup>). A aplicação do direito privado a alguns aspetos do funcionamento de certas entidades não implica, necessariamente, a sua subtração do âmbito administrativo<sup>99</sup>, desde que as suas funções sejam materialmente administrativas.

Por fim, cumpre-nos referir que a Agência detém poderes de *iii) autoridade*, na medida em que está habilitada para emanar regulamentos no âmbito do sistema de garantia da qualidade do ensino superior, com observância do regime legal da avaliação<sup>100</sup>. A própria função de acreditação das IES e dos ciclos de estudo traduz-se na emissão de atos administrativos (que, dada a sua natureza, se enquadram no âmbito das autorizações administrativas, uma vez que as IES dela dependem para o seu funcionamento).

Em conclusão, face à análise da estrutura orgânica e funcional da A3ES, cremos que esta entidade se trata de uma autoridade administrativa independente.

---

<sup>96</sup> Cfr. art. 8.º, n.º 7 dos Estatutos da A3ES.

<sup>97</sup> Sublinhado nosso.

<sup>98</sup> Ver, *supra*, ponto 1, al. a), subal. i).

<sup>99</sup> Esta característica é comum ao setor empresarial do Estado.

<sup>100</sup> Cfr. art. 11.º, n.º 1, al. e) dos Estatutos da A3ES.

## 2. Regulação

### 2.1. Regulação económica vs. Regulação social

Quando se fala de regulação, há que distinguir entre regulação económica e regulação social.

A *regulação económica* visa controlar a atividade dos agentes económicos em setores de interesse económico geral, designadamente nos setores da energia, transportes, água, seguros, entre outros. O Estado, ao deixar de ser o único fornecedor e ao abrir as portas destes setores-chave à iniciativa económica privada, assegura, por outro lado, o cumprimento das regras da concorrência, no âmbito de uma economia de mercado, e sanciona os atos lesivos dos interesses dos consumidores. Esta atividade regulatória é atribuída, cada vez mais, a entidades reguladoras independentes.

Ao fenómeno de *regulação económica*, de cariz mais tradicional, acresce a *regulação social*, de surgimento mais recente<sup>101</sup>, sendo que, sobre esta distinção, vários Autores têm-se pronunciado. Alguns<sup>102</sup> defendem que a *regulação económica* versa sobre a regulação de uma atividade económica per si, sem atender a outros interesses envolvidos nesta atividade, enquanto na *regulação social* se visa a proteção de interesse externos à atividade económica, como o “ambiente, segurança e outros interesses dos consumidores”<sup>103</sup>. Outros<sup>104</sup> não afastam totalmente as duas figuras entre si, por entenderem que a regulação económica não atende apenas a critérios “puramente economicistas”, e que a regulação social não se afasta totalmente dos critérios de economicidade.

Apesar da aparente “confusão” de conceitos, podemos aferir que a toda a regulação assiste uma vertente social, na medida em que o fim último da proteção da concorrência é a salvaguarda dos consumidores e, como tal, o primeiro conceito caminha no mesmo sentido do segundo

---

<sup>101</sup> A denominada “regulação moderna”. Cfr., quanto a esta matéria, VITAL MOREIRA, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 47.

<sup>102</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>103</sup> Cfr. Ibidem, p. 39.

<sup>104</sup> EDUARDO PAZ FERREIRA/LUÍS SILVA MORAIS, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 24.



## 2.2. Entidades reguladoras independentes: breve caracterização.

Na esteira de VITAL MOREIRA<sup>105</sup>, entendemos que não é clara a relação entre autoridades administrativas independentes e entidades reguladoras; no entanto, podemos inserir estas últimas no âmbito formal das primeiras. Segundo este Autor, o movimento de criação de entidades reguladoras independentes é consequência de um afastamento da intervenção do Estado na economia. Com efeito, temos vindo a assistir a uma alteração do papel do Estado, que diminuiu a sua intervenção como prestador de serviços, passando a assumir o papel de regulador no âmbito dos sectores chave da economia.

A função de regulação, à semelhança do que acontece, sobretudo, nos Estados Unidos da América, é atribuída a entidades independentes do Governo. Entre nós, esta tarefa tem vindo a ser assumida pelas chamadas “entidades reguladoras independentes”. A tendência de criação de entidades independentes face ao Governo insere-se no novo movimento de regulação. Se, dantes, esta tarefa pertencia ao Governo (em sectores onde atuava como agente económico), com a abertura desses sectores a agentes económicos privados acentuou-se a necessidade de se separar o papel do *Estado regulador* do papel do *Estado agente económico*. Tudo isto para respeitar as regras de concorrência e como forma de garantir a paridade entre os agentes económicos num determinado mercado. Manteve-se a possibilidade do Estado intervir como agente mas apenas através de entidades públicas empresariais. Assistiu-se, portanto, a um fenómeno de “desgovernamentalização da regulação”, à semelhança da experiência norte americana<sup>106/107</sup>.

Segundo JORGE VASCONCELOS<sup>108</sup>, a legitimidade destas entidades deve ter como base um processo de aprovação dos seus estatutos com consistência legal<sup>109</sup>; assegurando a nomeação dos titulares dos seus órgãos por órgãos eleitos e a existência de regras que definam os processos decisórios das entidades com a participação do público. Todas as

---

<sup>105</sup> Cfr. VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 10.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> VITAL MOREIRA apresenta uma escala de entidades regulatórias, a saber: o Governo, “com os seus Ministérios e departamentos governamentais no sectores económicos”; os organismos reguladores relativamente independentes (os seus dirigentes são nomeados e exonerados pelo Governo e estão sujeitos a um controlo de mérito governamental) e os organismos reguladores “independentes”, por referência às comissões reguladoras independentes norte americanas (“independent regulatory commissions”) que recorrem a especialistas independentes e possuem autonomia financeira, atenuando a sua responsabilidade política no âmbito da sua atuação, e visam potenciar uma participação alargada dos interessados e tornar o processo mais célere. Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional...*, p. 47.

<sup>108</sup> JORGE VASCONCELOS, “O Estado Regulador: Principais Características e Perspectivas de Evolução”, in JOSÉ NUNES PEREIRA [et. al.], *A Regulação em Portugal*, Conferências ERSE, Porto, p. 170.

<sup>109</sup> Como já referimos, a sua criação deverá ter como base um ato legislativo-constitucional.

decisões tomadas no âmbito da respetiva atividade devem ser fundamentadas, havendo a possibilidade de recurso para os Tribunais das suas decisões.

No panorama nacional, não existe ainda nenhum diploma que regule as entidades reguladoras independentes. Assistimos antes a propostas legislativas que não chegaram (ou ainda não chegaram) a materializar-se em instrumento legislativo.

Atualmente, as ERI assumem formas jurídicas diversas formadas a partir de critérios aleatórios ou conjecturais, não havendo um critério homogéneo na formação da sua estrutura orgânica. Além disso, as ERI têm funções diversas, não só consoante o setor em que atuam mas também consoante os poderes de atuação que lhes são atribuídos, uma vez que nem todas detêm um poder sancionatório ou regulamentar, por exemplo.

Sob este pretexto, VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS apresentaram em 2002 um projeto de lei-quadro<sup>110</sup> que visava institucionalizar um regime jurídico de criação de funcionamento das ARI. Contudo, este projeto não chegou a ser alvo de aprovação na AR nem de promulgação presidencial devido à queda do XIV Governo Constitucional, liderado por António Guterres, pelo que não se proporcionou a continuação dos trabalhos.

Atualmente, encontra-se em apreciação a *proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo* (Proposta de Lei 132/XI) já aprovada na generalidade e, aquando a elaboração deste trabalho, em fase de apreciação na especialidade. As entidades reguladoras independentes reconhecidas como tal neste documento<sup>111</sup> foram chamadas a pronunciarem-se sobre a proposta, tendo já emitido os seus pareceres.

Propomo-nos a analisar cronologicamente ambos os projetos e equacionar um possível enquadramento da A3ES em cada uma delas.

### **3. Análise comparativa da A3ES com o regime proposto por VITAL MOREIRA no projeto de lei-quadro**

Os Autores do projeto de lei-quadro das entidades reguladoras independentes de 2002, partem do princípio de que as ARI constituem, *prima facie*, institutos públicos, isto

---

<sup>110</sup> Projeto de Lei 178/IX.

<sup>111</sup> Cfr. art. 3.º, n.º 3 da proposta de lei-quadro das ERI. Pronunciaram-se a CMVM, a ERSE, o IMT, o INAC, o ISP, a Anacom, a ERSAR, a ERSE, a ERS e a Autoridade da Concorrência.

porque procedem a uma análise casuística das entidades reguladoras tradicionais, às quais se aplica subsidiariamente o regime dos institutos públicos. Exemplos disso são, hoje, a Entidade Reguladora da Saúde (ERS)<sup>112</sup> e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)<sup>113</sup>.

No entanto, existem outras entidades reguladoras às quais se aplica subsidiariamente o regime jurídico das *entidades públicas empresariais*, como é o caso da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)<sup>114</sup> e da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM).<sup>115</sup>

Na elaboração daquele projeto de lei-quadro, partiram os referidos Autores de uma análise de direito comparado e das normas que regulavam os institutos públicos e as entidades públicas empresariais, aquando da elaboração da obra<sup>116</sup>.

Por razões de sistematização deste trabalho, cumpre-nos focar os aspetos que, segundo o nosso entender, são mais relevantes para a análise comparativa que nos propomos fazer:

i) Em primeiro lugar, no que concerne ao *objeto*, este projeto de lei, no seu art. 1.º, n.º 2, enumera um conjunto de setores que devem estar sujeitos a uma regulação independente, como por exemplo “actividades de crédito, seguros, mercado imobiliário”, entre outras. Esta previsão não é taxativa, permitindo-nos incluir aqui a regulação do ensino superior. Os autores preveem a possibilidade de incluir outras áreas no âmbito de aplicação da regulação independente.

ii) Quanto à *natureza e regime jurídico*, os autores classificam as ARI como pessoas coletivas de direito público, de natureza institucional, dotadas de autonomia administrativa e financeira. Aplicam-lhes subsidiariamente o regime jurídico dos institutos públicos<sup>117</sup> e, quanto à sua gestão patrimonial e financeira, equiparam-nas aos entes públicos empresariais.

Ora, a A3ES é uma fundação (pública) de direito privado. O nosso ordenamento jurídico ainda não prevê um regime jurídico específico para esta figura jurídica, pela sua

---

<sup>112</sup> Cfr. art. 2.º, n.º 2 dos Estatutos da ERS.

<sup>113</sup> Cfr. art. 3.º dos Estatutos da ERC.

<sup>114</sup> Cfr. art. 2.º, n.º 1 dos Estatutos da ERSE.

<sup>115</sup> Cfr. art. 2.º, n.º 2 dos Estatutos da CMVM.

<sup>116</sup> Após a publicação desta obra, entrou em vigor a Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro) e o DL n.º 558/99, de 17 de dezembro, que veio regular o setor empresarial do Estado e as empresas públicas.

<sup>117</sup> Assim, para além da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, propõem a aplicação do Código de Procedimento Administrativo, entre outros. Cfr. VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., p. 271.

recente criação. Face a esta “omissão” legislativa à qual acresce o facto de os estatutos desta agência não estabelecerem um regime subsidiário, ao contrário do que acontece em outras entidades reguladoras, adotamos a posição de PACHECO DE AMORIM que entende que se deve aplicar o regime das EPE às fundações públicas de direito privado<sup>118</sup>. Por conseguinte, consideramos dever aplicar-se, subsidiariamente, o regime das EPE à A3ES, nomeadamente o DL n.º 558/99, de 17 de Dezembro. Assim se clarificaria, desde já, a expressão “demais legislação aplicável” prevista no art. 2.º, n.º 2 do DL n.º 369/2007, de 5 de Novembro. No que concerne à atuação da Agência aplica-se, subsidiariamente o CPA.

Face ao exposto, concluímos que a natureza jurídica, assim como o regime subsidiariamente aplicável à A3ES, em nada contraria os critérios de qualificação propostos por este estudo.

iii) Por outro lado, este projeto de lei-quadro das ARI enumera um conjunto de atribuições típicas das ARI (artigo 4.º), de entre as quais destacamos: “regular o acesso à atividade regulada, nos casos e nos termos previstos na lei” (al. a); “assegurar, nas atividades baseadas em redes, o acesso equitativo e não discriminatório dos vários operadores à mesma” (al. c) e “defender os interesses dos utentes ou consumidores” (al. d).

A A3ES, por sua vez, regula o acesso dos agentes ao sector do ensino superior através dos procedimentos de *avaliação e acreditação, segundo critérios objetivos e equitativos*, na medida em que estabelece diferentes critérios para o ensino universitário e politécnico que pela sua natureza assim o exigem<sup>119</sup>. Através dos referidos procedimentos, a Agência tem em vista proteger os interesses dos consumidores, em especial, dos estudantes de ensino superior.

iv) Este projeto de normativo institui o princípio da especialidade, no seu artigo 11.º, o qual estabelece que “a capacidade jurídica das ARI abrange os direitos e obrigações necessários à prossecução do seu objecto”. Nestes termos, o artigo 6.º dos estatutos da Agência prevê a possibilidade de esta praticar todos os atos considerados necessários e convenientes pelos seus órgãos para realização dos fins a que se propõe.

---

<sup>118</sup> Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, “Parecer realizado para a Universidade do Porto a propósito da aplicação do art. 113.º do RJIES às Instituições de Ensino Superior que adoptaram o regime fundacional”, pág. 10.

<sup>119</sup> Cfr. art. 3.º, n.º 2 e art. 19.º, n.º 3, da Lei n.º 38/2007, de 16 de agosto.

v) Mais se diga que, segundo este projeto de lei-quadro, as ARI apenas podem ser criadas, transformadas e extintas por diploma legislativo. A A3ES segue este regime, conforme o disposto nos arts. 14.º e 15.º do DL n.º 369/2007 de 5 de Novembro.

vi) No que concerne ao regime de incompatibilidades e impedimentos previsto por este estudo, encontramos aqui semelhanças com o que se encontra instituído pelos estatutos da A3ES, com a exceção do facto de o primeiro prever a obrigatoriedade de o membro não ter desempenhado cargos nos dois anos anteriores da nomeação, enquanto que o segundo estabelece apenas estabelece o período de um ano.

vii) Por fim, em última análise, o projeto de lei quadro das ARI prevê, no seu art. 14.º, a constituição de três órgãos obrigatórios, a saber: um conselho diretivo, um conselho consultivo e um órgão de fiscalização. Em termos sintéticos e, seguimento da análise que temos vindo fazer, e sem analisarmos extensivamente as competências de cada órgão, somos de parecer que: o primeiro órgão engloba as competências da responsabilidade do conselho de administração da A3ES, previsto na secção III dos seus estatutos; o segundo órgão encontra perfeita correspondência com o conselho consultivo, no qual participam os interessados no processo de avaliação do ensino superior e tem como função “emitir parecer sobre o plano anual de actividades e sobre as grandes linhas de actuação e de orientação estratégica da Agência”, conforme previsto na secção V dos referidos estatutos; enfim, o órgão de fiscalização encontra correspondência na estrutura da A3ES com o conselho fiscal, na medida em que ambos se direccionam para o controlo de gestão financeira e patrimonial, conforme se encontra previsto no art. 26.º do referido estudo e, a par deste, no art. 14.º, n.º 1 dos estatutos da Agência.

Em suma, apesar de não existir, de momento, nenhum regime jurídico que regule em especial as ARI, certo é que ainda que aquele projeto de lei apenas possa ser visto como um suporte doutrinal, surpreendemos aqui uma correspondência entre a Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior e o conteúdo material das ARI. Ousamos neste ponto concluir que, além de podermos incluir a A3ES no âmbito das *autoridades administrativas independentes* podemos também considera-la, à luz deste estudo, como uma *entidade reguladora independente*.

#### **4. Análise comparativa da A3ES com o regime constante da proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes de 2013.**

A proposta de lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privados, público e cooperativo é de iniciativa governamental. Nasce da necessidade de criar um regime jurídico comum para as entidades que regulam alguns sectores da economia e cumpre também algumas exigências constantes do Memorando de Entendimento entre o Estado Português e a Troika<sup>120</sup>, que previa a realização de estudos por peritos independentes de forma a assegurar “*as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais ARN. O relatório indicará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. Abrangerá igualmente o âmbito da actividade dos reguladores sectoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação coma Autoridade da Concorrência*”. Deste relatório resultou a proposta-lei em análise. Em traços gerais verificamos uma grande preocupação em assegurar a autonomia e independência destas entidades, tanto a nível orgânico como a nível funcional e financeiro. Surge uma novidade comparativamente com o projeto-lei quadro das entidades reguladoras independentes proposto por VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS: a remuneração dos membros do conselho de administração encontra-se sujeita à fixação de regras próprias pela Comissão de Vencimentos. Ressalva-se ainda o facto de o Banco de Portugal e de a Entidade Reguladora para a Comunicação Social não estarem abrangidos pelo regime aqui proposto<sup>121</sup>.

Da mesma forma que analisámos o projeto-lei anterior, vamos seguir os pontos mais pertinentes para a análise que nos propomos fazer, por razões de sistematização:

i) Prevê o art. 2.º que este regime se aplique às entidades reguladoras definidas como tal por lei. Ora, aqui levanta-se a seguinte questão: refere-se este normativo às entidades que nos seus próprios estatutos se reconhecem como tal, ou por outra via, refere-se às

---

<sup>120</sup> Ver o ponto 7.21 do “Memorando de Entendimento entre Portugal, o FMI, o Fundo Europeu de Estabilização Financeira e o BCE”, onde se pode ler: “*garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades*”.

<sup>121</sup> Cfr. art. 3.º, n.º 4 da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

entidades que a proposta-lei define taxativamente como ERI?<sup>122</sup> Parece-nos que prevalece a segunda interpretação, uma vez que nem todas as entidades reguladoras aqui abrangidas reconhecem expressamente nos seus estatutos a sua qualidade de entidade reguladora independente, como é o caso do IMT<sup>123</sup> que se encontra também abrangido por este normativo.

O âmbito de aplicação é aqui mais restrito do que no projeto de lei-quadro de 2002. Com efeito, na primeira versão o leque de entidades às quais se aplicava o normativo era meramente exemplificativo ao passo que nesta última versão isso já não acontece.

No que à A3ES diz respeito, parece-nos existir aqui uma certa incompatibilização à partida, uma vez que se exclui a possibilidade de aplicação direta de regime em análise.

ii) A proposta de lei define as entidades reguladoras independentes como pessoas coletivas de direito público, com natureza de entidades (autoridades) administrativas independentes.

O facto de a A3ES beneficiar do regime de direito privado não constitui, todavia, a nosso ver, impedimento material definitivo à sua inclusão no âmbito desta categoria de entidades.

Relativamente ao regime subsidiário, a proposta de lei-quadro prevê a aplicação do regime jurídico das entidades públicas empresariais<sup>124</sup> no que à gestão financeira e patrimonial diz respeito, e o Código de Procedimento Administrativo, no exercício de poderes públicos, e do contencioso administrativo (atos praticados no exercício destas funções e contratos de natureza administrativa)<sup>125/126</sup>. Quanto a este ponto, o regime é semelhante ao da A3ES<sup>127</sup>.

iii) Como requisitos para a das suas atribuições com total independência, a proposta de lei-quadro de 2013, no seu art.º 2, prevê uma série de requisitos, a saber: a) dispor de autonomia financeira e administrativa; b) dispor de autonomia na gestão; c) possuir independência funcional, orgânica e técnica; d) possuir órgãos, serviços, pessoal e património

---

<sup>122</sup> Cfr. art. 3.º, n.º 3 da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

<sup>123</sup> Passará a ter a designação de Autoridade da Mobilidade e dos Transportes – cfr. art. 4.º, n.º 1 da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

<sup>124</sup> Cfr. art. 4.º, n.º 2 *in fine* da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

<sup>125</sup> Cfr. art. 5.º, al. a) e b) da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

<sup>126</sup> De ressaltar ainda o n.º 3 do mesmo artigo, que define outros normativos a aplicar subsidiariamente.

<sup>127</sup> Cfr. art. 9.º do DL n.º 369/2007.

próprios e, por fim, e) ter poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e de aplicação de sanções.

A A3ES preenche, de facto, os quatro primeiros requisitos. Contudo, relativamente ao último, a A3ES carece de poderes sancionatórios. Desenvolveremos esta questão mais à frente no presente trabalho.

iv) O princípio da especialidade também está aqui previsto, através do art. 12.º, acompanhando a opção do projeto de lei-quadro de VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS.

v) A criação e extinção da ERI deverá constar de diploma legislativo<sup>128</sup> segundo esta proposta, indo no mesmo sentido do que acima se disse.

vi) No que diz respeito ao regime de impedimentos e incompatibilidades, a presente proposta vem estipular como regra geral que os mandatos dos membros do conselho de administração não são renováveis, tendo a duração de 6 anos, conforme o art. 20.º, n.º 1<sup>129</sup>.

A nova proposta de lei-quadro obriga a um “período de nojo” posteriormente ao cumprimento do mandato, ao passo que primeiro obriga a que se respeite este período antes do seu cumprimento. Nesta proposta de lei, o “*período de nojo*” é de dois anos. Por fim, ainda relativamente a este ponto, esta proposta de regime prevê um conjunto de incompatibilidades no seu art. 19.º, n.º 1.

No que à A3ES diz respeito, conta-se o período de um ano entre o exercício de outras funções e o início do exercício do mandato.

vii) Relativamente aos órgãos que compõem estas entidades, a estrutura orgânica apresentada é bastante próxima da do projeto de 2002: conselho de administração, comissão de fiscalização ou fiscal único e, a título opcional, a criação de órgãos de natureza consultiva, de regulação tarifária ou de participação dos destinatários na própria regulação<sup>130</sup>. A diferença prende-se essencialmente com o facto do conselho consultivo ser opcional neste segundo projeto. Por outra via, a denominação também varia, dado que no primeiro projeto a

---

<sup>128</sup> Cfr. art. 7.º, n.º 1 e art. 8.º, n.º 1 da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

<sup>129</sup> Duração igual à prevista pelo Projeto de Lei-Quadro das ERI de VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS.

<sup>130</sup> Cfr. art. 15.º, n.ºs 1 e 2 da Proposta de Lei-Quadro das ERI.



denominação atribuída ao órgão encarregue da gestão foi a de conselho diretivo. Quanto ao demais, e nomeadamente no que diz respeito à estrutura orgânica proposta, a A3ES apresenta uma estrutura perfeitamente compatível com esta, corroborando assim a nossa perspetiva.

viii) Por último, verificamos uma clara correspondência entre ambos os projetos no que concerne ao dever de reserva<sup>131</sup> e a responsabilidade dos membros do conselho de administração pelos seus atos através de uma responsabilidade solidária. Não obstante, a responsabilidade nas entidades reguladoras, pelos atos praticados no âmbito da sua atividade, alarga-se a todos os trabalhadores, onde se incluem os titulares dos órgãos. Estamos aqui perante uma responsabilidade civil, criminal, disciplinar e financeira<sup>132</sup>.

## 5. Breves conclusões:

Face à análise em apreço, e partindo dos seus estatutos, podemos concluir que a A3ES se insere no âmbito da administração independente, categoria *sui generis* da Administração Pública. Ao decompormos as características essenciais das autoridades administrativas independentes apontadas por LUCAS CARDOSO e cotejando-as com algumas considerações de VITAL MOREIRA, seguindo, enfim, também de perto as perspetivas de outros autores, concluímos que os traços gerais da figura da AAI são, hoje em dia, consensuais. Referimo-nos à independência, à natureza administrativa e aos poderes de autoridade.

No que concerne às autoridades reguladoras independentes, há, certamente, mais a dizer. Desde logo porque, na falta de um regime jurídico plenamente vigente, deparamo-nos com dois estudos que nos podem servir de base para melhor circunscrevermos, de forma objetiva, as suas características mais prementes. Verificámos que há uma grande correspondência textual entre ambas as propostas, apesar dos doze anos que as separam; mas a última demonstra uma maior preocupação quanto à racionalização dos recursos, fruto, porventura, da fase político-económica que o país atravessa, e devido também aos compromissos internacionais que o Estado Português assumiu no seu programa de ajustamento económico e financeiro.

---

<sup>131</sup> Cfr. art. 18.º da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

<sup>132</sup> Cfr. art. 46.º da Proposta de Lei-Quadro das ERI.

Temos em atenção que a instituição à qual dedicamos o nosso estudo, a A3ES, carece ainda de alguns requisitos que esta nova tendência regulatória (e que a doutrina tem vindo a acompanhar) hoje em dia exige, principalmente, o poder sancionatório. De facto, ambos os projetos mencionam esta característica como elementar para a boa prossecução da atividade de regulação, porquanto uma entidade só poderá exercer um verdadeiro controlo de um dado setor quando dotada de poderes que lhe permitam sancionar a violação das suas diretivas e regulamentos. Quando isso não acontece, está posta em causa o exercício pleno das suas funções.

O reconhecimento da A3ES como AAI e ERI, sob o ponto de vista formal, permite-nos encarar a atividade de avaliação e acreditação como uma verdadeira atividade de regulação, que, face às duas grandes modalidades de que esta se pode revestir, entendemos inserir-se no âmbito da *regulação social*, a par da regulação da saúde ou da comunicação social.

Contudo, ao pretendermos reconhecer a A3ES como uma entidade reguladora independente no sentido de lhe aplicar o regime jurídico que, hoje, se encontra em fase de discussão pública, tal implicará uma alteração orgânica e funcional bastante significativa. Desde logo porque a sua criação é fruto de uma evolução no sentido de a tornar cada vez mais independente do Estado e das entidades envolvidas no setor. Mas será que esta independência e autonomia poderão evoluir ao ponto de dotar esta entidade de poderes sancionatórios? Há aqui um fator que pode, desde logo, contender com esta pretensão: a autonomia universitária, constitucionalmente prevista<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Cfr. art. 76.º da CRP.

### Capítulo III

## COMPETÊNCIAS A ADQUIRIR PELA A3ES: PODERES DE REGULAÇÃO EFETIVA

### 1. A evolução do setor do ensino superior

A partir de 1973, com Veiga Simão como Ministro da Educação<sup>134</sup>, uma das preocupações do Estado passou a ser aumentar o nível de qualificação da população. Portugal ainda apresentava níveis bastante baixos de escolaridade, até comparados com os da Turquia, pelo que, uma das medidas tomadas foi assegurar um aumento do número de candidatos ao ensino superior. Tendo em vista este objetivo, optou-se pela implementação de um sistema binário (universidades/institutos politécnicos) e pela criação de novas Universidades<sup>135</sup>. Após a revolução de 25 de Abril de 1974, no período entre 1976 e 1986, assistiu-se a um grande desenvolvimento no ensino superior, desde logo através da criação de universidades privadas, incentivado pela nova política de aumento dos quadros técnicos e pela discussão de uma Lei de Autonomia das Universidades (aprovada em 1988 pela Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro<sup>136</sup>). Com a concessão de autonomia às universidades no âmbito científico e pedagógico, entre outros campos, estas passaram a ter poderes na criação de novos planos de estudos, aumentando também, assim, a oferta disponível. Posteriormente, na vigência do XI Governo Constitucional, introduziu-se um sistema de “*numerus clausus*” que atualmente ainda vigora, constituindo, desde então, uma das formas de regulação mais importantes do Governo no acesso ao ensino superior. Após a entrada em vigor da Lei de Autonomia das Universidades, em 1988, os exames de acesso ao ensino superior, que até aí constituíam um fator de eliminação, tornaram-se, apenas, um critério de ordenação dos candidatos, resultando num aumento significativo do número de estudantes a frequentar o ensino superior<sup>137</sup>. Este aumento da procura foi acompanhado de um aumento da oferta, em especial no setor privado. A alteração processada no quadro do ensino superior nos últimos 30 anos, caracterizada pelo aumento da oferta educativa, fruto da concessão de autonomia às instituições e,

---

<sup>134</sup> Seguimos aqui a perspetiva histórica apresentada por ALBERTO AMARAL [et al.], *O Ensino Superior pela Mão da Economia*, Fundação das Universidades Portuguesas, [S.I.], pp. 3 e ss.

<sup>135</sup> Como os casos das Universidade do Minho, de Aveiro e Nova de Lisboa e dos Institutos Politécnicos.

<sup>136</sup> Revogada, posteriormente, pela Lei n.º 62/2007 (RJES).

<sup>137</sup> Medida implementada, em 1989, pelo Ministro da Educação do XI Governo Constitucional, Roberto Carneiro.

consequentemente, da proliferação de agentes privados, justificou a tutela da regulação do ensino superior. Segundo ALBERTO AMARAL e OUTROS, começaram a surgir problemas, a partir da década de 90, relativamente à qualidade dos cursos ministrados pelas universidades, fruto da proliferação de novas instituições de ensino superior e, em grande parte, devido ao aumento das instituições privadas. Foi esta nova problemática que levou à criação, em 1994, da primeira Lei de Avaliação da Qualidade<sup>138</sup>. A Lei n.º 26/2000, de 23 de Agosto<sup>139</sup>, veio restringir de alguma forma a autonomia das universidades, ao sujeitar a despacho ministerial a criação de novos cursos. Posteriormente, esta lei veio a ser revogada pela Lei n.º 38/2007, de 16 de agosto, atualmente em vigor<sup>140</sup>.

Alguns Autores<sup>141</sup> classificam este fenómeno como “hibridismo”, porquanto o Estado transpôs a tarefa de aplicação das políticas educativas do ensino superior para as IES, elaborando para o efeito leis da autonomia. Apesar desta concessão, o Estado não se retirou totalmente desta tarefa, continuando a controlar outros aspetos mais ligados ao controle do acesso e ao financiamento, entre outras.

## 2. Caraterização do mercado.

O setor público assume o papel principal no âmbito da oferta educativa no ensino superior. Não nos referimos à quantidade, em comparação com o setor privado<sup>142</sup>, mas ao facto das instituições ensino público, pela sua natureza, estarem dotadas de melhores condições para assegurar uma melhor oferta qualitativa, pelas razões expostas *supra*<sup>143</sup>. Sem deduzirmos qualquer juízo sobre a atual situação do setor privado<sup>144</sup>, sempre diremos que o

---

<sup>138</sup> Medida implementada, em 1989, pelo então Ministro da Educação do XI Governo Constitucional, Roberto Carneiro.

<sup>139</sup> Aprovou o Regime Jurídico do Desenvolvimento e da Qualidade do Ensino Superior.

<sup>140</sup> Já analisada no Capítulo I, n.º 1 – V. *supra*, p. 10 e ss.

<sup>141</sup> Cfr. ALBERTO AMARAL/ANTÓNIO MAGALHÃES/FERNANDA CORREIA, “Diversificação e Diversidade dos Sistemas de Ensino Superior: O Caso Português”, em PORTUGAL. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação, *Diversificação e Diversidade dos Sistemas de Ensino Superior: O Caso Português*, 2002, p. 79 e FÁTIMA CORDEIRO, *A Universidade empreendedora: a emergência da Lógica de Mercado e da Economia do conhecimento do Ensino Superior*, Tese de Mestrado apresentada na Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, sob orientação do Prof. Doutor Alberto Amaral, 2006, pp. 30 e ss.

<sup>142</sup> Nos últimos anos, tendo-se vindo a verificar que a oferta do setor privado tem ultrapassado em larga medida o do setor público, em especial nas áreas urbanas onde há maior procura.

<sup>143</sup> V. *infra*, p. 45 e ss.

<sup>144</sup> JOÃO PACHECO DE AMORIM analisa criticamente a atual situação do ensino superior privado, nomeadamente, quanto à sua autonomia, no seu estudo “A garantia constitucional da autonomia das

setor privado nasceu da necessidade de colmatar a falta de oferta do setor público, insuficiente para assegurar o nível de educação superior da população. Como tal, para melhor cumprir esta tarefa, deveria centrar-se nas áreas onde a oferta é mais escassa, tendo em atenção as necessidades do mercado, assim como nas regiões onde o setor público não consegue chegar. Todavia, isto não aconteceu. Verificou-se um aumento da oferta no âmbito do setor privado em áreas onde os custos de manutenção são mais reduzidos<sup>145</sup>, permitindo, assim, às instituições de ensino superior assegurar os meios para o seu funcionamento<sup>146</sup>. O setor privado não colmatou as falhas nas regiões mais desertas, como seria pretendido, tendo as novas universidades optado por direcionar a sua oferta para as áreas urbanas do litoral, onde a procura é maior, o que conduziu a uma maior disparidade da oferta educativa a nível geográfico. Esta opção é justificável, desde logo, porque as instituições têm que assegurar os recursos necessários para a sua sustentabilidade, daí que tenham optado por direcionar a oferta segundo um critério de mercado.

Tradicionalmente, não se pode afirmar que estamos perante um mercado do ensino superior sujeito a regras de concorrência. O ensino superior público não ocupa uma posição paritária em relação ao ensino privado, porquanto ainda persistem significativas diferenças entre estes dois subsectores. Desde logo, as instituições de ensino superior privadas estão sujeitas ao reconhecimento do interesse público<sup>147</sup> para poderem funcionar, enquanto que o mesmo já não se verifica no ensino superior público, havendo desde logo aí uma limitação.

Por outra via, há um maior apoio ao nível de financiamento público às universidades públicas<sup>148</sup>, pela sua natureza, em comparação com as instituições privadas, facto que contende com a igualdade de oportunidades<sup>149</sup>. Este desfasamento ao nível do financiamento, provoca, na maior parte das vezes, um decréscimo na qualidade do quadro docente, bem como, na disposição de melhores instalações e material técnico-científico e na oferta

---

universidades privadas”, em AAVV. (coord.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 127 e ss.

<sup>145</sup> Seguimos aqui o estudo de ALBERTO AMARAL [et. al.], *O Ensino Superior...*, pp. 35 e ss., onde os Autores elaboram um estudo estatístico da evolução da oferta educativa no setor público e privado, comparando a oferta a nível geográfico.

<sup>146</sup> Referimo-nos aqui à área das ciências sociais e económicas.

<sup>147</sup> O regime de reconhecimento de interesse público das universidades privadas encontra-se previsto no RJIES, nos art. 33.º e ss.

<sup>148</sup> Apesar dos sucessivos cortes no financiamento das universidades que se têm vindo a verificar em virtude das restrições económico-financeiras impostas pelo XIX Governo Constitucional, face à crise atual, matéria que escapa à economia do presente estudo.

educativa. Tudo isto contribui para uma disparidade entre ambos os setores com prejuízo para o segundo<sup>150</sup>.

Contudo, não equacionámos a possibilidade de se optar pela outorga de atividades do ensino superior unicamente à iniciativa privada, a título de concessão de serviços de interesse público, como acontece em outros países. A predominância do setor público no âmbito do ensino superior é uma característica comum a outros países da Europa ocidental em que os Estados são avessos à ideia de mercado que envolva uma total privatização do ensino superior, estando o conceito de mercado no ensino superior mais enraizado nos EUA<sup>151</sup>. Esta opção justifica-se pelo receio de se colocar em causa a qualidade e o prestígio das instituições<sup>152</sup>.

Face ao estado de coisas atual, entendemos que se deverá manter a atribuição de interesse público<sup>153</sup> às instituições de ensino superior privadas que pretendem ingressar no mercado, como de resto, já acontece no âmbito da saúde, através da concessão de licenças<sup>154</sup>.

A partir daí, deverá optar-se pela regulação da qualidade no que disser respeito à proteção da qualidade do ensino ministrado, como forma de proteger as legítimas expectativas dos estudantes.

### **3. Regulação do ensino superior: proteção dos direitos dos estudantes na ótica de consumidores.**

O ensino superior, por tudo o que se disse<sup>155</sup>, não consubstancia um verdadeiro mercado. Desde logo, pelo facto de os agentes não estarem paritariamente posicionados. Numa perspetiva económica, podemos afirmar que o ensino é um bem sujeito a externalidades positivas, na medida em que os benefícios não se esgotam no consumidor daquele serviço, originando-se perdas de bem-estar “*que não estão incluídas no preço de*

---

<sup>150</sup> Neste sentido, vide JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A garantia constitucional da autonomia...”, pp. 127 e ss.

<sup>151</sup> Neste sentido, vide DAVID DILL, “Higher Education Markets and Public Policy”, in *Higher Education Policy*, 10, (3 & 4), pp. 167-185, apud ALBERTO AMARAL/ANTÓNIO MAGALHÃES/FERNANDA CORREIA, *Diversificação e diversidade...*, p. 81.

<sup>152</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>153</sup> Art. 33.º e ss. do RJIES.

<sup>154</sup> Decreto-lei n.º 13/93, de 15 de janeiro, que regula o licenciamento e a fiscalização do exercício da atividade das unidades privadas de saúde.

<sup>155</sup> Ver, *infra*. p. 45.

*mercado*”<sup>156</sup>. Toda a sociedade beneficia com a proliferação da rede de ensino e com a melhoria do nível de ensino. ALBERTO AMARAL<sup>157</sup> caracteriza o ensino superior como «um “bem de experiência”, é uma compra rara e os custos de mudança de produto são muito altos». O Autor enuncia a primeira característica com base no facto de o aluno apenas reconhecer a qualidade do ensino superior a partir do momento em que o frequenta. Trata-se de uma “compra rara” porque, à partida, o aluno apenas frequenta um ciclo de estudos ao longo da sua vida (apesar de este conceito estar a mudar, uma vez que os estudantes cada vez mais optam por frequentar um segundo ciclo de estudos). Por fim, os custos de mudança de curso ou de instituição de ensino são elevados, o que muitas vezes faz com que os estudantes, ao ingressarem no ensino superior, permaneçam na sua primeira opção.

Devido a estes três fatores, este Autor acentua a necessidade da regulação desta atividade, para proteger os interesses dos estudantes e das suas famílias, dado que a própria natureza deste bem não permite ao “consumidor” aferir, à partida, todas as vantagens que podem advir da escolha que fez, nomeadamente o nível de realização pessoal, o grau de empregabilidade, entre outras<sup>158</sup>.

Alguns Autores<sup>159</sup> afirmam que estamos perante um *quasi-mercado*, uma vez que o produto final não é diretamente escolhido/comprado pelo consumidor final cabendo antes ao agente (normalmente a um agente público) a escolha da oferta que ficará disponível para o consumidor final. Este tipo de mercado evidencia-se no âmbito da educação e da saúde. De facto, no caso português, o Estado intervém *a priori* através da concessão de licenças (no caso da saúde) ou da atribuição de interesse público às instituições privadas (no caso do ensino superior), condicionando, *a posteriori*, a oferta educativa disponível.

A proteção dos consumidores encontra-se constitucionalmente prevista no art. 60.º da CRP. Com efeito, o direito dos consumidores desdobra-se no direito à “qualidade dos bens e serviços” e também no direito à “formação e informação”. Ou seja, cabe ao Estado assegurar

---

<sup>156</sup> Cfr. JOSÉ NEVES CRUZ, *Economia e Política – Uma abordagem dialéctica da escolha pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 37.

<sup>157</sup> Cfr. ALBERTO AMARAL, “Tendências recentes dos sistemas de avaliação do ensino superior na Europa”, em *Sísifo – Revista de Ciências da Educação da Unidade de I&D de Ciências da Educação da Universidade de Lisboa*, n.º 12, 2010, p. 54.

<sup>158</sup> Ainda neste sentido, ALBERTO AMARAL/ANTÓNIO MAGALHÃES, “On markets, autonomy and regulation the Janus Head revisited”, em *Higher Education Policy*, 14 (2001), pp. 7 e ss.

<sup>159</sup> DAVID DILL, “Higher Education Markets and Public Policy”, *Higher Education Policy*, 10 (3 & 4), p. 168 *apud*. ALBERTO AMARAL/ANTÓNIO MAGALHÃES, *ob. cit.* p. 11.

que os consumidores finais estejam perfeitamente consciencializados sobre a qualidade dos serviços disponíveis, através de agentes económicos privados ou pelo próprio Estado<sup>160</sup>.

Este direito não obsta a que os consumidores optem por produtos de menor qualidade em função do preço<sup>161</sup>. O que importa é que o consumidor seja elucidado acerca das características daquele produto. O direito à informação, aqui subjacente, implica que o consumidor possa ter acesso a toda a informação respeitante àquele produto, principalmente nos setores onde as assimetrias de informação são mais evidentes, como é o caso da saúde<sup>162</sup> e da educação. Estes direitos, na perspetiva constitucional<sup>163</sup>, são direitos face ao poder político que se transmutam em deveres de proteção do Estado, à semelhança de outros direitos fundamentais<sup>164</sup>.

#### **4. Poderes sancionatórios**

##### **4.1. Aspetos gerais**

Da análise comparativa entre o regime e a natureza da A3ES, apresentado pelo projeto de lei-quadro elaborado por VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, pela proposta de lei-quadro das entidades reguladoras independentes de 2013 e pelas restantes entidades reguladoras independentes, surge uma característica que a separa do segundo grupo: o poder sancionatório.

Como já se referiu, ambas as propostas atribuem o poder sancionatório como característica essencial de uma entidade reguladora independente. Ora, se, pela análise prosseguida, verificámos que a A3ES preenche os requisitos formais para a enquadrarmos no âmbito das autoridades administrativas independentes e para, inclusivamente, a podermos considerar como uma verdadeira entidade reguladora independente, de que requisito esta carece para poder ser dotada de poderes sancionatórios? Propomo-nos debruçar-nos sobre o exercício de poderes sancionatórios no âmbito do ensino superior, a quem estão atribuídas estas funções e, ainda, a possibilidade de exercício destes poderes pela A3ES.

---

<sup>160</sup> J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 781.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> Além deste dispositivo constitucional, a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, regula a defesa dos consumidores.

<sup>164</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 1173.



#### 4.2. A atribuição de poderes sancionatórios a uma entidade independente no âmbito de um “quasi-mercado” – o caso da saúde.

No âmbito do ensino superior, as instituições estão sujeitas a poderes de inspeção por parte da Inspeção-Geral da Educação e Ciência e da Secretaria de Estado do Ensino Superior, no que disser respeito ao âmbito patrimonial, financeiro e administrativo<sup>165</sup>. Cabe também à IGEC “*assegurar o serviço jurídico-contencioso decorrente dos processos contra-ordenacionais, em articulação com a SG, bem como a acção disciplinar e os procedimentos de contra-ordenação, previstos na lei.*”. Os ilícitos de mera ordenação social, que possam contender diretamente com o funcionamento das instituições, encontram previsão legal nos art. 164.º e ss. do RJIES. Em termos práticos, verifica-se que os poderes sancionatórios a serem exercidos no âmbito do ensino superior cabem, de uma forma genérica, ao Ministério responsável e aos serviços que o integram. Ou seja, diferentemente do que se verifica em setores regulados, como o da saúde e o da comunicação social, não há qualquer atribuição de poderes sancionatórios a uma entidade independente do Estado, mormente, no caso do ensino superior, à A3ES.

No âmbito da regulação do setor da saúde, o qual apresenta bastantes similitudes com o setor da educação<sup>166</sup>, os poderes sancionatórios são exercidos pelo Ministério competente, coadjuvado pelos seus serviços internos<sup>167</sup>. Contudo, em tudo o que disser respeito às competências atribuídas a si, a entidade reguladora da saúde (doravante ERS) tem poderes sancionatórios, como resulta do n.º 1, do art. 44.º dos seus Estatutos: “*No exercício dos seus poderes sancionatórios relativos a infracções cuja apreciação seja da sua competência, incumbe à ERS desencadear os procedimentos sancionatórios adequados, adoptar as necessárias medidas provisórias e aplicar as devidas sanções.*”<sup>168</sup>. Cabe ainda à ERS, como previsto no n.º 2 do mesmo normativo, “*(...) denunciar às entidades competentes as infracções cuja punição não caiba na sua competência.*”. Ainda, no âmbito dos seus poderes de fiscalização, “*quando verificar o incumprimento de requisitos legais respeitantes a instalações, equipamento ou pessoal dos estabelecimentos prestadores de cuidados de*

---

<sup>165</sup> Cfr. art. 4.º, al. d) do Decreto-Lei n.º 125/2011, de 29 de dezembro.

<sup>166</sup> Também ele classificado como um *quasi-mercado*. Cfr., *supra*, p. 47.

<sup>167</sup> Neste caso, a Inspeção-Geral das Actividades em Saúde. Veja-se o art. 11.º, al. a), nos termos do qual cabe a esta entidade “*verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares e das orientações aplicáveis, bem como a qualidade dos serviços prestados, por qualquer entidade ou profissional, no domínio das actividades em saúde, através da realização de acções de auditoria, inspecção e fiscalização.*”.

<sup>168</sup> Sublinhado nosso.

*saúde que afectem gravemente os direitos dos utentes, a ERS pode determinar a suspensão imediata do funcionamento do estabelecimento ou de algum dos seus serviços até que a situação se mostre regularizada*”<sup>169/170</sup>. Ademais, caso a situação não se mostre regularizada dentro do prazo concedido para o efeito, cabe ainda à ERS “*propor à entidade competente a revogação da licença de funcionamento ou, quando se trate de estabelecimento público, o encerramento do estabelecimento.*”.

No setor da saúde, verificamos a existência do exercício conjunto dos poderes sancionatórios, sendo cada entidade responsável pela fiscalização e regulação das matérias que lhes caibam exclusivamente. Verifica-se que, além de não haver qualquer tipo de conflito no exercício destes poderes, existe ainda uma cooperação entre as diferentes entidades, de forma a que a regulação do setor, na sua globalidade, seja assegurada de forma concertada.

Neste “quasi-mercado”, atuam simultaneamente agentes públicos e privados, havendo aqui uma prevalência dos primeiros, desde logo, por razões históricas evidentes, mas também porque em termos financeiros seria inviável que o serviço nacional de saúde fosse assegurado apenas por privados. O setor privado no campo da saúde surgiu, também, posteriormente ao setor público, de forma a assegurar uma maior cobertura dos serviços de saúde, a que o setor público, por incapacidade de meios, não conseguiu corresponder. Como já se viu, pelas mesmas razões, recorreu-se à criação de entidades privadas para assegurar a total cobertura da rede de ensino, missão que se tornou, a certa altura, incomportável para o setor público.

#### 4.3. A atribuição de poderes sancionatórios à A3ES.

Sendo admissível haver no campo da saúde uma atribuição de poderes sancionatórios à entidade encarregue da regulação do setor, mormente por esta última assegurar a qualidade dos serviços prestados aos consumidores finais, entendemos que o mesmo se poderá fazer no âmbito do ensino superior.

Não defendemos, porém, que todo o regime sancionatório a que se encontram sujeitas as instituições de ensino superior, previsto no RJIES, seja apenas atribuição da A3ES. Tal conceção não faria sentido, porque a maior parte das contraordenações aí previstas dizem

---

<sup>169</sup> Cfr. art. 43.º, n.º 2 dos Estatutos da ERS.

<sup>170</sup> Sublinhado nosso.

apenas respeito a aspetos relacionados com a organização administrativa, patrimonial e financeira das instituições. Estas matérias não se relacionam com os poderes de regulação da A3ES, na medida não têm que ver com as tarefas de avaliação e acreditação.

Parece-nos, todavia, no limite, que a A3ES deveria ser dotada de poderes sancionatórios no que disser respeito diretamente à sua atividade. Isto passaria pela transferência destes poderes da entidade competente para o efeito, neste momento, o MEC<sup>171</sup>, para a A3ES. Em termos práticos, defendemos que se justificaria esta transferência relativamente às seguintes contraordenações previstas no RJIES:

i) “*O funcionamento de instituição de ensino superior que supervenientemente deixe de preencher os requisitos exigidos para a sua criação e funcionamento*” é “*punido com coima de € 10 000 a € 100 000 ou de € 1000 a € 5000, consoante seja aplicada a ente colectivo ou a pessoa singular*” (art. 164.º, n.º 1. al. c do RJIES). Poderia, neste caso, a A3ES sancionar esta contraordenação nos casos em que as instituições de ensino superior deixassem de preencher os requisitos que justificaram a sua acreditação, restringindo-se, neste caso, o âmbito de aplicação do preceito. Devendo, aqui em particular, haver uma atenuação da coima aplicável. Sem prejuízo desta possibilidade, o MEC continuaria a aplicar este normativo quanto à avaliação dos demais requisitos que não fossem aqui abrangidos.

ii) “*A recusa de colaboração com as instâncias competentes no âmbito da avaliação externa dos estabelecimentos*” é punível “*com coima de € 2000 a € 20 000 ou de € 500 a € 5000, consoante seja aplicada a ente colectivo ou a pessoa singular*” (art. 164.º, n.º 2. al. c). Na mesma medida que a ERS é competente para sancionar a recusa de colaboração por parte das entidades reguladas, nos termos do disposto no no art. 51.º, n.º 1, al. c)<sup>172</sup>, parece-nos ser de equacionar, também, quanto a esta matéria, a transferência da competência sancionatória para a A3ES. Esta possibilidade reforçaria a sua posição institucional.

iii) “*A não disponibilização pública da informação referida no artigo 162.º;*” (art. 164.º, n.º 2. al. f). No âmbito do artigo 162.º do RJIES, atribuiríamos à A3ES o poder de

---

<sup>171</sup> Cfr. art. 167.º, n.º 2 do RJIES.

<sup>172</sup> Nos termos daquela norma: “*a não prestação de informações ou a prestação de informações falsas, inexactas ou incompletas pelos responsáveis e agentes dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, quando requeridas pela ERS no uso dos seus poderes*”.

sancionar a recusa de divulgação das informações previstas na al. g), relativos a “*Títulos de acreditação e resultados da avaliação da instituição e dos seus ciclos de estudos*”.

iv) A título de sanção acessória, deveria caber à A3ES a competência para retirar a acreditação concedida, uma vez que é a ela que compete esta atribuição. Não faz aqui sentido que a A3ES apenas emita um parecer cabendo a decisão final ao MEC.

Além destas atribuições, a A3ES deveria estar dotada de poderes de supervisão na mesma medida que os atribuídos à ERS, como forma de reforçar a sua atividade, como por exemplo, velar pela aplicação das leis e regulamentos relativos a questões de autoavaliação e avaliação externa; emitir ordens e instruções ou, até, advertências individuais (e não apenas pareceres) e proceder a inspeções e auditorias que se mostrem necessárias para o pleno exercício das suas competências<sup>173</sup>. Sem prejuízo, e como pressuposto do exercício de poderes sancionatórios, a A3ES teria que ser dotada de poderes de inspeção, previstos no art. 149.º, n.º 2 e 3 do RJIES, em tudo o que estivesse abrangido na sua competência, à semelhança do que já acontece com a ERS<sup>174</sup>.

### **5.A autonomia universitária no âmbito nas Universidades (públicas e privadas) e nos Institutos Politécnicos.**

A Autonomia universitária, nos termos em que está prevista na Constituição da República Portuguesa<sup>175</sup>, desdobra-se em: autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira. Alguns Autores<sup>176</sup> entendem que esta norma, prevista na CRP, apenas abrange as Universidades Públicas, deixando de fora as universidades privadas e os Institutos Politécnicos. No primeiro caso, pela vertente da autonomia administrativa, financeira e estatutária que pertencerá à entidade instituidora. No segundo caso, VITAL MOREIRA E GOMES CANOTILHO também excluem os institutos politécnicos *do âmbito de aplicação da norma constitucional*, pelo facto de no n.º1 daquele artigo se referir expressamente às “Universidade e demais instituições de ensino superior” e no n.º 2 o

---

<sup>173</sup> Neste sentido, v. art. 42.º, al. a), b) e c) dos Estatutos da ERS.

<sup>174</sup> Cfr. art. 43.º, n.º 1 dos Estatutos da A3ES.

<sup>175</sup> Cfr. art. 76.º, n.º 2 da CRP.

<sup>176</sup> Neste sentido, J.J.GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 917, referindo-se principalmente ao que concerne à autonomia administrativa, financeira e patrimonial, que pertencerá à entidade instituidora.

legislador constitucional não ter feito esta ressalva. Contudo, *aqueles Autores* não excluem a possibilidade de se estender a autonomia universitária a estes últimos. Noutro sentido, JOÃO PACHECO DE AMORIM<sup>177</sup> entende que esta garantia constitucional se aplica igualmente, nas suas cinco vertentes, às Universidades Privadas. A dificuldade de concretização deste preceito, residirá, segundo este Autor, *na determinação do sujeito titular* deste direito: na entidade instituidora ou na própria instituição de ensino superior. Conclui que a autonomia universitária caberá à instituição de ensino superior em si, sendo que, no caso da entidade instituidora ser uma cooperativa “*se deverá entender no actual quadro legal a afirmação da autonomia administrativa e financeira das universidades privadas face à entidade cooperativa instituidora*”<sup>178</sup>. Quando, por outro lado, a entidade instituidora assume a natureza fundacional ou de sociedade comercial, sugere o Autor que se supra pela via legislativa, a lacuna existente “*de forma a assegurar a participação dos professores da própria gestão administrativa e financeira das instituições exigida pela Constituição.*”<sup>179</sup>.

Atualmente, a autonomia das instituições de ensino superior está concretizada em lei através do Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior. O art. 11.º do RJIES vem esclarecer o âmbito de aplicação do direito à autonomia universitária, ao concedê-lo nas cinco vertentes previstas na CRP, às Universidades Públicas, enquanto que, às Universidades Privadas, apenas lhes reconhece a autonomia científica e pedagógica. O RJIES não faz qualquer diferenciação relativamente aos Institutos Politécnicos. Assim, por exclusão de partes, o grau de autonomia dependerá do setor a que pertencem: público ou privado.

### 5.1. Breve análise da autonomia universitária e suas vertentes.

Como já se referiu, a autonomia universitária desdobra-se em cinco vertentes: a *autonomia financeira*, visa possibilitar às universidades que estas disponham de património próprio, podendo exercer poderes de gestão sobre o mesmo. Inclui-se aqui também a possibilidade de gerarem receitas próprias<sup>180</sup> (mormente através de investigação e cooperação

---

<sup>177</sup> JOÃO PACHECO DE AMORIM, “A garantia constitucional...”, pp. 114 e ss.

<sup>178</sup> V. Ibidem, p. 120.

<sup>179</sup> V. Ibidem, p. 123.

<sup>180</sup> Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob.cit., p. 1430. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I”, Coimbra Editora, 2010, p. 1430..

com o setor empresarial)<sup>181</sup>. A Constituição reconhece ainda a *autonomia administrativa* das universidades, que se traduz no poder emitir diretivas, sob a forma de atos administrativos, celebrar contratos administrativos (no caso das instituições públicas), exercer o poder disciplinar e regulamentar<sup>182/183</sup>. A *autonomia estatutária* também é aqui reconhecida e concretiza-se na determinação da sua própria orgânica, através da elaboração dos seus estatutos<sup>184</sup>. Ademais, acresce a *autonomia pedagógica*, que se concretiza na possibilidade de as instituições de ensino superior criarem os seus planos de estudos e determinarem os programas, métodos de ensino, conteúdos dos programas e formas de avaliação das matérias<sup>185</sup>. Esta última vertente está ligada à liberdade de ensino, prevista no art. 43.º da CRP<sup>186/187</sup>. Por fim, o RJIES refere-se ainda à *autonomia científica*, corolário da liberdade de criação científica<sup>188</sup> (prevista no art. 42.º, n.º 1 da CRP), que dota as instituições de ensino superior de autonomia para escolher o objeto de investigação e criar livremente e, consequentemente, transmitir estes conhecimentos aos estudantes universitários e à sociedade<sup>189/190</sup>.

Em conclusão, ressalva-se que a autonomia pedagógica e científica assumem um papel central na definição axiológica da universidade, sendo as restantes vertentes instrumentais a estas duas<sup>191</sup>.

No que diz respeito à avaliação, esta terá que se conformar dentro de certos limites que não contendam com a autonomia universitária *latu sensu* mas, especialmente, nestes dois campos onde a propensão para se tanger estes limites será maior.

## 5.2. Autonomia universitária vs. avaliação – reforço de poderes da A3ES.

A CRP estabelece, na parte final do art. 76.º, n.º 2, que as Universidades gozam de autonomia universitária, “*sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino*”.

---

<sup>181</sup> Cfr. arts. 109.º e 111.º do RJIES.

<sup>182</sup> Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob.cit., p. 1430.

<sup>183</sup> Cfr. art. 110.º do RJIES.

<sup>184</sup> Cfr. art. 66.º do RJIES.

<sup>185</sup> Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob.cit., p. 1428.

<sup>186</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 915.

<sup>187</sup> Cfr. art. 74.º do RJIES.

<sup>188</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 915.

<sup>189</sup> Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 1429.

<sup>190</sup> Cfr. art. 73.º do RJIES.

<sup>191</sup> Neste sentido, vide JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 1429.

Como já tivemos oportunidade de referir no presente estudo<sup>192</sup>, esta alteração introduzida pelo legislador constitucional veio permitir um desenvolvimento da legislação no âmbito da avaliação do ensino superior. Entendemos que a avaliação do ensino superior (avaliação externa) não contende com a garantia institucional de autonomia universitária concedida às instituições de ensino superior. Desde logo, porque a avaliação da qualidade do ensino superior configura-se como uma função que o Estado deve assegurar, o que faz, neste caso, através de uma entidade independente do Governo, como forma de melhor se concretizar esta tarefa, em nome do interesse geral.<sup>193</sup>

Acompanhamos a perspetiva de LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO<sup>194</sup> quando afirma que “uma verdadeira avaliação – rectius, uma verdadeira avaliação externa – só faz sentido perante o prévio desenvolvimento autónomo de uma determinada atividade”. Entende o Autor que a razão de ser da avaliação externa reside, precisamente, no facto de as universidades gozarem de autonomia. De outra forma, perder-se-ia o seu fundamento. Na sua perspetiva que, desde já, subscrevemos, as universidades devem estar sujeitas a um sistema de avaliação, como forma de autorresponsabilização por uma atuação autónoma que lhe é concedida através daquela garantia institucional.

Por fim, defende ainda este Autor que a tarefa de avaliação deverá ser assegurada por uma entidade independente do Governo, de forma a garantir a objetividade de atuação e a imparcialidade de resultados. O Autor sugeriu, ainda antes da criação da A3ES, que esta tarefa deveria ser atribuída a uma autoridade administrativa independente. Partilhamos esta perspetiva sendo, aliás, esse o propósito do nosso estudo, uma vez que esta entidade veio ocupar precisamente esse espaço, importando, contudo, reforçar os poderes de fiscalização e sancionatórios como, de resto, resulta do presente estudo.

---

<sup>192</sup> Cfr., *supra* p. 2.

<sup>193</sup> Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 1431.

<sup>194</sup> LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, “Autonomia universitária, avaliação das universidades e «política universitária» do Estado”, em ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM (coord.), *Temas de Direito da Educação*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 89.

## CONCLUSÃO

A Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior foi criada recentemente e, como tal, muitas dúvidas se levantam sobre a sua natureza jurídica e regime aplicável. Para melhor compreendermos esta tarefa de regulação, procedemos a uma breve análise da evolução do regime jurídico do ensino superior com maior incidência nos temas de avaliação e acreditação. Verificámos que se tem vindo a caminhar no sentido de tornar a avaliação do ensino superior mais autónoma de forma a evitar a ingerência governamental. A A3ES, nos moldes em que foi criada, é um exemplo paradigmático desta evolução, posto que conduziu a um modelo mais autonomizado face Estado, quando comparada com o seu antecessor, o CNAVES.

Inegável é, também, a influência europeia. Portugal, a partir do momento em que integrou as Comunidades Europeias, beneficiou, em larga medida, de um conjunto de políticas económicas e sociais convergentes, no seio das comunidades. No que ao ensino superior diz respeito, a Declaração de Bolonha foi o instrumento que oficializou o processo de criação de um *espaço europeu de ensino superior*. Desde então, a preocupação com a avaliação da qualidade do ensino superior assumiu uma dimensão europeia, porquanto não seria possível criar uma rede de ensino superior com esta extensão que envolva o reconhecimento mútuo dos diplomas atribuídos pelas diversas instituições de ensino superior, se não houvesse uma confiança mútua no ensino ministrado. Com a Declaração de Bergen, os países subscritores comprometeram-se a integrar nos seus sistemas internos as orientações definidas a nível europeu, daí resultando uma uniformização de procedimentos.

O objetivo central deste estudo visava, essencialmente, o enquadramento jurídico da A3ES. Constatámos que não era possível definir com clareza a sua natureza e a forma como a poderíamos incluir no âmbito da administração estadual. Desde logo, porque os seus Estatutos não são claros, posto que lhe atribuem a natureza jurídica de fundação pública de direito privado (figura que, por si, carece de um regime jurídico específico), não se preocupando o legislador em clarificar o regime subsidiário aplicável, limitando-se apenas a remeter para o CPA. De notar que esta opção teve apenas em conta o exemplo de outros países, alheando-se, de certa forma, do panorama nacional. Na falta de uma clarificação do regime aplicável, a posição da A3ES face ao Estado não deixa de ser dúbia: insere-se na administração central (direta ou indireta), na administração autónoma ou na administração independente? Vimo-



nos, assim, confrontados com a necessidade de nos determos na análise das diversas características da A3ES, para a podermos enquadrar juridicamente.

Inserimo-la, em primeira linha, no âmbito da administração independente, categoria *sui generis* da Administração Pública. Para tanto, procedemos a uma análise individualizada das características essenciais das autoridades administrativas independentes, à luz dos ensinamentos de LUCAS CARDOSO e VITAL MOREIRA, uma vez que o nosso ordenamento jurídico também não define, atualmente, um regime jurídico específico para estas entidades. Da análise empreendida, pudemos concluir que, partilhando esta entidade das características da *independência* e da *autoridade* e possuindo uma *natureza administrativa*, é a mesma subsumível à categoria da administração independente.

Esta análise serviu como ponto de partida para concebermos a inserção da A3ES na categoria das *autoridades reguladoras independentes*. Tal como sucede com as AAI, o nosso ordenamento jurídico não estabelece, por ora, nenhum regime jurídico aplicável diretamente a estas entidades. Até esta data, dispomos apenas de dois instrumentos, dos quais nos socorremos enquanto fontes doutrinárias, dado não se terem ainda concretizado em lei. Referimo-nos, por um lado, ao projeto de lei-quadro de VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS e, por outro, à proposta de lei-quadro das entidades reguladoras independentes (Proposta de Lei 132/XIII)<sup>195</sup>.

No que concerne ao primeiro projeto, não encontramos obstáculos à aplicação do regime ali proposto à A3ES, designadamente no que respeita ao âmbito de aplicação (estabelece um elenco não taxativo), ao regime jurídico aplicável subsidiariamente (o dos institutos públicos e o do setor empresarial do estado); às atribuições típicas, à previsão do princípio da especialidade do fim, à forma de criação e extinção (através de instrumento legislativo), ao regime de impedimentos e incompatibilidades e à estrutura orgânica proposta pelos Autores referidos.

A proposta de lei-quadro das ERI de 2013, por sua vez, apresenta um regime mais complexo. Encontrámos pontos de contacto com os mesmos elementos do enquadramento legal da A3ES mencionados *supra*. Porém, esta proposta vai mais longe, ao definir como requisito essencial o *poder sancionatório* das ERI. Não obstante o anterior projeto também atribuir poderes sancionatórios a este tipo de entidades, a verdade é que não os erige como

---

<sup>195</sup> Na fase final de elaboração do presente estudo, fomos confrontados com a aprovação da referida Proposta de Lei 132/XIII, na globalidade, na Assembleia da República, no passado dia 24 de julho de 2013.

condição *sine qua non* para garantia da sua independência. Ora, como vimos, a A3ES é assumidamente uma entidade independente, enquadrável sob a nossa perspetiva num regime jurídico concebido para as entidades reguladoras independentes, mas carece de poderes sancionatórios.

Admitimos, assim, que não é possível, no quadro atual, proceder a uma aplicação direta do regime jurídico aqui proposto à A3ES. Todavia, procurámos empreender um esforço de conceção de um conjunto de alterações ao regime da A3ES, no sentido de promover a sua adaptação ao regime da proposta de lei-quadro de 2013. As referidas alterações consubstanciam, em primeira linha, um reforço da autonomia da A3ES e da sua posição institucional, de forma a assegurar a eficácia da sua atividade, sem que se encontre permanentemente dependente de outras entidades para executar as suas decisões. Acreditamos que a atividade da A3ES poderá retirar todos os benefícios da aplicação de um futuro regime jurídico das entidades reguladoras independentes.

Com o intuito de reforçar a atividade desenvolvida pela A3ES e a eficácia de aplicação das suas decisões, propusemos a atribuição de poderes sancionatórios a esta entidade, designadamente, através da transferência de competências até aqui atribuídas apenas ao MEC mas que, a nosso ver, dizem respeito diretamente às tarefas de que A3ES está incumbida. Defendemos que se justifica que a A3ES reúna em si não só a competência para avaliar e acreditar ciclos de estudo, mas também para sancionar diretamente os destinatários das suas decisões, quanto estas não sejam cumpridas. No estado atual, sendo estas exercidas conjuntamente pela A3ES e pelo MEC, coloca-se em causa a autonomia da A3ES face ao Governo, ficando aquela dependente deste no que se refere à exequibilidade das suas decisões. A aceitar-se a possibilidade de transferir o poder regulatório relativamente a algumas matérias para a A3ES, preenchemos a lacuna que separa a figura da A3ES das demais entidades administrativas independentes. cremos, também, que o modelo por nós delineado encontra perfeita exequibilidade no setor do ensino superior, porquanto, em lugares paralelos, como é o setor da saúde, a entidade reguladora (no caso, a ERS) encontra-se dotada de poderes sancionatórios no âmbito das suas competências, cabendo a fiscalização das restantes matérias, que escapam às suas atribuições, ao Ministério da Saúde ou, mais especificamente, à Inspeção Geral da Saúde. A analogia aqui identificada sairá, aliás, reforçada, se tomarmos em linha de conta que os setores do ensino superior e da saúde tratam-se, ambos, de *quasi-mercados*, como tivemos oportunidade de constatar.

Por fim, fizemos uma breve análise da relação estabelecida entre a regulação do ensino superior e a autonomia universitária. Concluímos que a avaliação do ensino superior não põe em causa a autonomia universitária, desde logo porque a própria CRP prevê expressamente esta garantia constitucional, sem prejuízo da necessária avaliação do ensino superior, que mais não é do que uma função do Estado, prosseguida em nome do interesse geral. Assim, ainda que hipoteticamente pudéssemos estar perante uma colisão entre um bem jurídico fundamental e uma garantia constitucional, sempre chegaríamos ao resultado por nós proposto, por via de uma necessária tarefa de harmonização entre ambos (concordância prática). Diga-se, aliás, que a tarefa da avaliação do ensino superior acaba por surgir como uma consequência da referida autonomia concedida às universidades, que não podiam prescindir de um certo controlo sobre a qualidade da oferta de ensino superior, sob pena de se colocar em causa a qualidade das instituições e as legítimas expectativas dos estudantes.

## BIBLIOGRAFIA

### A) Obras consultadas pela Autora

- AMARAL, Alberto, “Tendências recentes dos sistemas de avaliação do ensino superior na Europa”, em *Sísifo – Revista de Ciências da Educação da Unidade de I&D de Ciências da Educação da Universidade de Lisboa*, n.º 12, Lisboa, 2010.
- AMARAL, Alberto [et al.], *O Ensino Superior pela Mão da Economia*, Fundação das Universidades Portuguesas, [S.I.], 2000.
- AMARAL, Alberto/MAGALHÃES, António, “On markets, autonomy and regulation the Janus Head revisited”, Separata de *Higher Education Policy*, vol. 14, n.º 1, 2001.
- AMARAL, Alberto/MAGALHÃES, António/CORREIA, Fernanda, “Diversificação e Diversidade dos Sistemas de Ensino Superior: O Caso Português”, em PORTUGAL. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação, *Diversificação e Diversidade dos Sistemas de Ensino Superior: O Caso Português*, 2002.
- AMORIM, João Pacheco de, “A garantia constitucional da autonomia das universidades privadas”, em AAVV. (coord.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais. Em especial, do direito de inscrição nas ordens*, Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004.
- *Parecer realizado para a Universidade do Porto a propósito da aplicação do art. 113º do RJIES às Instituições de Ensino Superior que adoptaram o regime fundacional*, [S.I.].
- CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I – Artigos 1.º a 107.º, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CARDOSO, José Lucas, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- CORDEIRO, Fátima, *A Universidade empreendedora: a emergência da Lógica de Mercado e da Economia do conhecimento do Ensino Superior*, Tese de Mestrado apresentada na Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2006.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária. O caso das universidades públicas*, Almedina, Coimbra, 2004.

- COUTINHO, Luís Pedro Pereira, “Autonomia universitária, avaliação das universidades e «política universitária» do Estado”, em HOMEM, António Pedro Barbas (coord.), *Temas de Direito da Educação*, Almedina, Coimbra, 2006.
- CRUZ, José Neves, *Economia e Política – Uma abordagem dialéctica da escolha pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- DILL, David, “Higher Education Markets and Public Policy”, em *Higher Education Policy*, 10, (3 & 4), pp. 167-185, *apud* AMARAL, Alberto/MAGALHÃES, António/CORREIA, Fernanda, “Diversificação e Diversidade dos Sistemas de Ensino Superior: O Caso Português”, em PORTUGAL. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação, *Diversificação e Diversidade dos Sistemas de Ensino Superior: O Caso Português*, 2002.
- ESPAÑA, “Ministerio de Educación, Cultura y Deporte”, “Consejo de Coordinación Universitaria”, *Plan Nacional de Evaluación de la Calidad de Las Universidades, Informe Global – 1996-2000*, Secretaria General Técnica – Subdirección General de Información y Publicaciones, Madrid, 2003.
- FERREIRA, Eduardo Paz/MORAIS, Luís Silva, *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D., *Autonomia Universitária e Avaliação da Qualidade do Ensino Superior*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MORAIS, Carlos Blanco de, “As autoridades Administrativas Independentes na ordem jurídica portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 61 – 2001.
- MOREIRA, Vital, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997.
- *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MOREIRA, Vital /MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MOREIRA, Vital/ MARQUES, Maria Manuel Leitão, *A mão invisível, Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2008
- PALMA, Maria Fernanda/DIAS, Augusto Silva/MENDES, Paulo de Sousa (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- POLIDORI, Marlis Morosini, *Avaliação do Ensino Superior: Uma visão geral e uma análise comparativa entre os contextos brasileiro e português*, Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação da Universidade do Porto, Porto, 2000.
- ROQUE, Ana, *Regulação do Mercado: novas tendências*, Quid Juris, Lisboa, 2004.
- SANTOS, Sérgio Machado dos, “Análise Comparativa dos Processos Europeus para a avaliação e certificação de sistemas internos de garantia da qualidade”, em *A3ES Readings*, n.º 1, Lisboa, 2001.
- VASCONCELOS, Jorge, “O Estado Regulador: Principais Características e Perspectivas de Evolução”, in PEREIRA, José Nunes [et. al.], *A Regulação em Portugal*, Conferências ERSE, [S.n.], Porto, 2000.

## **B) Referências eletrónicas**

- CONFERENCE OF EUROPEAN MINISTERS RESPONSIBLE FOR HIGHER EDUCATION. *Declaração de Bergen*, disponível em: [http://www.bologna-bergen2005.no/Docs/00-Main\\_doc/050520\\_Bergen\\_Communique.pdf](http://www.bologna-bergen2005.no/Docs/00-Main_doc/050520_Bergen_Communique.pdf), consultada em dezembro de 2012.
- PORTUGAL. *Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades da Política Económica*, 2011, versão portuguesa, traduzida pelo Governo Português, disponível em [http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou\\_pt\\_20110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf), consultado em março de 2013.
- UNIÃO EUROPEIA. *Declaração de Bolonha*, disponível em: [http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/links/language/1999\\_Bologna\\_Declaration\\_Portuguese.pdf](http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/links/language/1999_Bologna_Declaration_Portuguese.pdf), consultada em novembro de 2012.